دكتور
زكى محمد النجار
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر (فرع دمنهور)

مبادئ القضاء الإدارى

دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية

١٩٩٢ - ١٩٩٣

دكتور
زكى محمد النجار
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر (فرع دمنهور)

مبادئ
القضاء الإدارى
دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية

١٩٩٢ - ١٩٩٣

المقدمـــه

١ ـ طبيعة القضاء الادارى :

يعد القضاء الادارى فى جوهره رقابة وقيد على تصرف الادارة، على ان الادارة بحكم ماتواجهه من تبعات جسام على اثر تطور وظائفها وواجباتها فى العصر الحديث، ـ غالبا ـ ماتضيق ذرعا بهذه الرقابة .

ومن هنا كان القضاء الادارى ذو أهمية عظمى ،ذلك لانه ليس مجرد قضاء عادى يقضى بين آحاد الناس ولكنه يقضى بين الجماعه والفرد ، والعلاقة بينهما فى تطـــور مستمر فضلا عن اختلافها باختلاف الظروف ، وباختلاف الفلسفات الاجتماعية الـــتى تعتنقها الجماعه، وهنا يأتى دور الفلسفه الاجتماعية التى توفق بين الرغبة الجامحه للادارة فى التصرف بحرية مطلقه، ورغبه الأفراد فى وضع قيود تكبح جماح حريــــه الادارة، وترد ها الى أصول ومبادئ عامه، بل والى نظرية عامة تكفل لهم حرياتهـــم وقيمهم الاجتماعية التى يحرصون عليها .

٢ ـ اساليب الادارة :

على ان الادارة وهى تسعى لممارسة نشاطها تلجأ الى استخدام اساليب ووسائل متعددة ومتنوعه، الا انه يمكن ردها الى طائفتين هما : الاعمال القانونية والاعمـــال المادية .

والاعمال القانونية : هى تلك التصرفات التى تأتيها الادارة قاصدة من وراءهـــا احداث اثار قانونية معينة، وينجم عنها خلق مراكز قانونية جديدة عامة أو خاصة . وهذه التصرفات اما ان تصدر من جانب الادارة وحدها (ويشمل ذلك القرارات التنظيمية ـ اللوائح ـ والقرارات الادارية الفردية) ، واما ان تصدر من جانبين الادارة والافراد ، وتلك هى العقود الاداريـــة .

اما الاعمال المادية : فهى الأعمال التى تأتيها الادارة ولا تهدف من وراءهـــا الى احداث آثار قانونية نتيجه لها ، ولكن القانون هو الذى يرتب على أعمال الادارة المادية نتائج واحكام معينة، ومثالها عملية هدم منزل آيل للسقوط ومد شبكـــات الطرق والكهرباء .. الخ .

٣ ـ ضمانات حقوق الافراد :

والواقع ان تصرفات الادارة القانونية أو المادية ،يتسبب عنها فى حالات عديدة مساس بمراكز الافراد القانونية والحاق اضرار بأشخاصهم او بأموالهم او بهما معـــا . ومن ثم كان لابد من تقرير ضمانات كافيه لحماية الافراد وتأمينهم فى مواجهـــــة الادارة ذات السلطة والامتيازات الخطيرة التى تضعها فى مركز يسمو على مركـــز الأفراد .

ولاشك ان حماية حقوق الافراد وحرياتهم تتكفل بها قوانين الدولة وتحرص على صيانتها ، ولكن لايكفى تسجيل تلك الحماية فى النظام القانونى للدولة ، وانما يجب على الهيئات المختلفة فى الدولة ان تحترم تلك الحقوق والحريات عند ممارستهـــا لنشاطها ، لان الاعتداء لايأتى الا عند ممارسة النشاط والاختصاصات المخولة للهيئات ولكى لاتنحرف الادارة فى اعمالها فتضر بحقوق الافراد وحرياتهم ، يجب ان تخضـــع ـ دائما ـ لاحكام القوانين فى كل ما تأتيه من اعمال وماتتمتع به من امتيازات ، او ان تخضع لما يسمى مبدأ الشرعية ، الذى أضحى مبدأ سائدا ومميزا فى الدولة الحديثه .

ويقتضى اعمال مبدأ الشرعية ، ضرورة مراقبة اعمال الادارة حتى لاتشط وتتجـاوز حدودها ، فتعصف بالحقوق والحريات الفردية ، اذ يقتضى هذه الرقابة يتحقـــق التوازن العادل بين تمكين الادارة من اداء وظائفها ، وفى نفس الوقت حماية حقـــوق الأفراد وحرياتهم ، والمسلم به ان هذه الرقابة لابد وان تكون عوانا ووسطا بين الطرفين المتعارضين ، لان موقف كل منهما جدير بالحماية ، بشرط احترامهما للقانون .

٤ ـ الدولة القانونية :

والدولة التى يسود فيها مبدأ الشرعية (اى سيطره حكم القانون) يطلق عليهـــا الدولة القانونية ، حيث يخضع الحكام والمحكومين للقانون على حد سواء .

ولقد اكد الدستور المصرى الحالى الصادر عام ١٩٧١ ذلك المبدأ فى وثيقـــــة اعلانه بما قرره : "ان سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب ، ولكنهـا الاساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت" . كما تضمن الدستور المصـــرى الحالى ـ ولأول مرة ـ بابا مستقلا بعنوان "سيادة القانون" ، فى المواد من ٦٤ الى

٧١ منه ، ضمنه الاحكام الاساسية التي تكفل تحقيق مبدأ الشرعية .

وجاء بالمادة ٦٤ من الدستور أن " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة " ، ونص في م/٦٥ على ان " تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان اساسيان لحماية الحقوق والحريات" ، ونص على حق التقاضي وحظر تحصين اى عمل اوقرار ادارى من رقابة القضاء في المادة ٦٨ .

ولاشك ان من شأن ذلك ان يدعم مبدأ الشرعية، وان يرد للرقابة القضائية على اعمال الادارة (خاصة رقابة المشروعية) اهميتها ودورها الحيوى ، باعتبارها انجع الوسائل الفعالة لكفالة الحرية وسيادة القانون . على انه لايمكن اغفال صور الرقابة الاخرى على تصرفات الادارة (سياسية أو ادارية او رئاسية) ، وما لهذه الوسائل من فعالية في تكريس مبدأ الشرعية (سيادة القانون) . بل ان تطور وظائف الدولة يستلزم تعدد صور الرقابة الفعالة، اى التى تهدف الى زيادة فاعلية الادارة لاشل حركتها ، شريطة ان تعمل كل منها في نطاق تخصصها .

٥ ـ أهمية القضاء الادارى .

تتمثل أهمية القضاء الادارى في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة، وتقويم الادارة واجبارها على احترام مبدأ الشرعية والخضوع لسلطان القانون من جهة أخرى . ولهذا ورغبة في حماية حقوق الافراد وحرياتهم كان لابد من ترتيب جزاء على مخالفة سلطات الادارة للقانون، ويجرى فقه القانون الادارى وقضاؤه على ان هذا الجزاء قد يتخذ صورة ابطال العمل الادارى المخالف للقانون وتعويض الافراد عما أصابهم من أضرار بسببه، وقد يتخذ صورة تعويض الافراد عما لحق بهم من أضرار . واذا كان كذلك، فلابد من ايجاد هيئة يوكل اليها امر توقيع الجزاء ، وتعد الرقابة القضائية على اعمال الادارة هى الضمان الحقيقى والفعال لحماية مبدأ الشرعية ، فالسلطة القضائية هى الحامية لحقوق الافراد وحرياتهم، وهى التى تعطى القانون فاعليته والزامه، وبغيرها لايعدو القانون سوى قواعد نظرية لاتتحقق لها الصفة الالزامية الآمرة .

ولقد شهد عام ١٩٤٦ مولد القضاء الادارى المصرى ممثلا فى مجلس الدولة ، ومما تجدر الاشارة اليه ان النظام الفرنسى يعد المصدر التاريخى الذى أخذه عنه المشرع المصرى وهو ينشئ مجلس الدولة ـ فى مصر ـ وان كان بين النظامين فروقا ، سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، اذ سوف يتميز البحث بطابع الدراسة المقارنة ، على ان هذه المقارنة سوف تتركز فى النظامين الرئيسين للرقابة القضائية على اعمال الادارة وهى النظام الانجلوسكسونى والنظام الفرنسى ، وسوف يكون للاخير نصيب اوفى وحظ اوفر من العناية لانه المصدر التاريخى لقضائنا الادارى .

٦ ـ موضوعات القضاء الادارى :

يبين لنا مما تقدم ان دراسة القضاء الادارى تتناول جانبين :

يتمثل اولهما : فى رقابة القضاء لاعمال الادارة ، بينما يتضمن الآخر رقابة القائمين على مباشرة النشاط الادارى ، بحيث يلتزمون فى مزاولة هذا النشاط الاختصاصات المسندة اليهم وفقا للقوانين واللوائح ، فلا يعتقدون أنهم يزاولون حقا شخصيا لهم ، او حقا مصاحبا للوظيفة ، والا تعرضوا للمسألة التأديبية .

وتقتضى دراسة الجانب الأول ، فى رقابة القضاء لاعمال الادارة : تناول الأسس العامة التى تقوم عليها هذه الرقابة . اما الجانب الثانى فيستلزم دراسة تطبيقات أسس الرقابة القضائية فى القانون الوضعى ، ويشمل ذلك دراسة تنظيم القضاء الادارى ، وقواعد اختصاص القضاء الادارى ، ثم دراسة ولاية القضاء الادارى الغاء وتعويضا . واخيرا دراسة الاجراءات الادارية .

وعلى ذلك فان موضوعات القضاء الادارى ، تتلخص فى دراسة : تنظيم القضاء الادارى ، قواعد اختصاص القضاء الادارى ثم دراسة ولاية القضاء ، واخيرا دراسة الاجراءات الادارية .

ولما كان مبدأ الشرعية هو المبدأ السائد فى نظام الدولة الحديثة ، والتى تسمى الدولة القانونية ، وكان تحقيق هذا المبدأ يستلزم تنظيم رقابة على أعمال الدولة بصفة عامة ، وكان اعماله بطريقه فعالة توفر ضمانات حقيقية لحقوق الأفراد

وحرياتهم يقتضى تنظيم رقابة قضائية على تلك الأعمال بصفه عامة، وعلى اعمال الادارة بصفة خاصة، لذلك يتأكد لدينا ان مبدأ الشرعية يعتبر دعامه اساسيه لرقابة القضاء على أعمال الادارة ، ومن ثم يعد مقدمة ضرورية لدراسة الموضوع.

خطة الدراسة :

بذلك تتحدد معالم خطة الدراسة لموضوع القضاء الادارى وتتعين ابعاده، وتتضح لنا حدوده على الوجه الآتى :

باب تمهيدى ، نخصصه لدراسة مبدأ الشرعية. ثم نقسم الدراسة الى أربعة ابواب على الوجه الآتى :

الباب الأول : تنظيم القضاء الادارى .

الباب الثانى : قواعد اختصاص القضاء الادارى.

الباب الثالث : ولاية القضاء الادارى .

الباب الرابع : المرافعات الادارية .

وسوف تكون دراستنا لهذه الموضوعات فى النظامين الفرنسى والمصرى مقارنة بالشريعة الاسلامية، اعمالا لأحكام المادة الثانية من الدستور الحالى فى اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

وعلى الله قصد السبيل. وماتوفيقى الا بالله .

دكتور زكى محمد النجار

باب تمهيدى
مبدأ الشرعية

تمهيد وتقسيم:

اذا كان مبدأ الشرعية يملى على الادارة الخضوع لمجموعة القواعد القانونية الملزمة والعمل فى دائرتها حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم العامة من تعسف الادارة واستبدادها ، فان ذلك لايعنى تكبيل نشاط الادارة بقيود صارمة يكون من شأنها عرقلة اعمالها ، وسلب روح الابتكار والنشاط منها .

فمبدأ الشرعية لايعتبر مبدأ مطلقا فى ذاته ، انما ترد عليه بعض القيود المقررة لصالح الادارة تتمكن بمقتضاها من موازنة الصالح العام مع صالح الافراد .

على انه طبقا لمفهوم مبدأ الشرعية ، فان الادارة ملزمه بالا تخالف تصرفاتها مجموعة القواعد القانونية الملزمة والا اعتبر تصرف الادارة باطلا ، وعلى ذلك فجزاء مخالفة مبدأ الشرعية هو تقرير بطلان التصرف غير المشروع سواء تمثل هذا التصرف فى صورة عمل قانونى او فعل مادى .

وعلى ذلك ، سوف نقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول : نعالج فى الفصل الأول مدلول مبدأ الشرعية ، ونعرض فى الفصل الثانى للقيود التى ترد على المبدأ ، ونبين فى الفصل الثالث جزاء مخالفة مبدأ الشرعية .

وذلك على التفصيل التالى :

الفصل الأول
مدلول مبدأ الشرعية
و
مصادره الاساسية

سوف نتناول هذا الفصل في مبحثين نعرض في المبحث الأول مدلول مبدأ الشرعية، ثم نعرض لمصادر المبدأ في المبحث الآخر، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول
مدلول مبدأ الشرعية (١)

يقصد بمبدأ الشرعية خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون" ويشمل نطاق تطبيقه جميع الحكام اى السلطات الحاكمة في الدولة، فكل السلطات العامة تخضع للقانون وتلتزم حدوده، ومن ذلك يتضح ان المقصود بمبدأ الشرعية في القانون الادارى هو خضوع الادارة للقانون، بمعنى ان تلتزم السلطات الادارية في جميع تصرفاتها بمجموعة القواعد القانونية الملزمة.

---

(١) يعبر عنه احيانا بمبدأ المشروعية، وقد قام غموض وخلط في استخدام الكلمتين (الشرعية والمشروعية) مما ادى الى عدم وضوح التفرقة بينهما، فبينما يتجه علماء التاريخ الى القول برابطة قوية بين الشرعية والمشروعية من حيث هما دعامة كل بناء سياسي، نجد – على العكس – علماء الاجتماع وعلماء السياسة ينكرون الرابطة التى اقامها علماء التاريخ بين العبارتين، واما رجال القانون فقد لجأوا الى النظر في المعنى اللغوى للعبارتين قبل النظر في المعنى الاصطلاحى، ويتضح ذلك حين النظر في معنى مشروع وشرعي Legitime et Legal / ثم معنى مشروعية وشرعية Legitimitet Legalite وازاء ذلك اختلف الفقه في مشكلة وحدة الشرعية والمشروعية الى مذهبين، احدهما يرى وحدة الشرعية والمشروعية وهو ما يسمى بالاتجاه الوضعى، والاخر يرى التمييز بين الشرعية

وثمة ملاحظات هامة في الموضوع هي :

ـ يلاحظ ان المقصود بتصرفات الادارة التي تصدر عنها ، جميع الاعمال التي تزاولها الادارة في مباشرة نشاطها سواء تمثلت هذه الاعمال في صورة الاعمال القانونية (القرارات الادارية التنظيمية او الفردية او العقود التي تبرمها الادارة سواء التي تخضع للقانون الخاص او العقود الادارية) او اخذت اعمال الادارة صورة الاعمال المادية . هذا من ناحية.

---

* بالمشروعية وهو اتجاه انصار فكرة القانون الطبيعي ، وان كان هؤلاء لا يتفقون على رأي موحد عندما يميزون بين المعنيين ، حيث ذهب البعض الى ان المشروعية اوسع من الشرعية ، بينما اتجه البعض الاخر الى العكس من ذلك والقول بان الشرعية اوسع مدى من المشروعية . بل اتجه البعض الى ضرورة التمييز بين الشرعية (المشروعيه) واهم مايختلط بها في الفقه الانجلوسكسوني وهو اصطلاح حكم القانون The Rule of Law
ولما كان المبدأ (ايا كان تسميته الشرعية او المشروعية) باعتباره حدا اعلى على سلطان الحكام وتصرفات الهيئات العامة والمحكومين ، يتطلب الالتزام بالقانون الطبيعي وما يختزنه من مبادئ قانونية عامة يحتويها ضمير الجماعة ويستقر عليها باعتبارها ركائز اساسية لمعنى العدل والصالح العام ، فانه يتطلب ـ ايضا ـ ضرورة الالتزام بالمشروعية الوضعية التي تستقر على مبدأ سيادة القانون والتشريع وما يفرضه ذلك من ضرورة الالتزام بقاعدة القانون الاعلى ايا كان مصدرها ، فانه لامجال اذن ـ في رأينا ـ لمحاولة التمييز بين الشرعية والمشروعية ، ويعتبر بذلك الاصطلاحين مترادفين ، وفي ذلك يقول روسو " ان الدولة المشروعة هي المحكومة بالتشريع " .
انظر في تفصيلات ذلك :
ـ د . محمد ميرغني خيري ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ـ الجزء الاول ، سنة ١٩٨٩ ، ص٧ ، ٨ . د . ماجد راغب الحلو ، القضاء الاداري ، سنة ١٩٨٧ ، ص ١٨ ، د . رمزي الشاعر ، مسئولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية ، ص١٣ .
Duverger (M.) ; Contribution a L'etude de Legitimite des gouvernements de fait, R.D.P., 1945, p. 70 et suiv.
وانظر ايضا مقال د . كمال ابو المجد ، بعنوان " التمييز بين الشرعية والمشروعية وحكم القانون " منشور بمجلة المحاماة ، العددان ٥ ، ٦ للسنة ٥٩ ، مايو / ١٩٧٩ ص٦٥ ، ومابعدها وفي هذا المقال اشار الى العديد من المراجع في الموضوع .

- ومن ناحية اخرى لايعنى مبدأ الشرعية احترام الادارة للقانون فى تصرفاتها الايجابية (فقط)، بل يعنى كذلك واجب قيامها بالاعمال التى يحتم القانون عليها ضرورة تنفيذها والقيام بها بحيث يعتبر سكوتها عن القيام بذلك تصرفا سلبيا غير مشروع.
- كذلك يلاحظ ـ أيضا ـ ان مبدأ الشرعية الذى يملى على الادارة الخضوع للقانون والعمل فى دائرته انما يقصد بالقانون ـ هنا ـ القانون بمفهومه العام والواسع ، الذى يشمل كل قواعد القانون الوضعى القائم فى الدولة ايا كان مصدرها سواء أكان هذا المصدر نصا دستوريا ام تشريعيا ام لائحيا او قرار جمهورى او قرار وزارى ، وسواء اكانت القواعد القانونية مدونة كالنصوص الدستورية والنصوص التشريعية العادية او الفرعية او كانت هذه القواعد القانونية غير مدونه كالعرف او المبادئ القانونية العامة، وسوف نعرض لذلك تفصيلا عند دراسة مصادر الشرعيه.
- ان الدستور المصرى قد اكد فى وثيقه اعلانه على مبدأ الشرعية او مبدأ سيادة القانون، مقررا "ان سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب ، ولكنها الاساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت"، وافرد الدستور بابا مستقلا بعنوان سيادة القانون (المواد من ٦٤ الى ٧٢ من الدستور الحالى الصادر عام ١٩٧١).

كما ان المشرع المصرى قد سجل مبدأ خضوع الادارة للقانون فى قوانين مجلس الدولة المتعاقبة، اذ نص فى كل قوانين مجلس الدولة منذ ١٩٤٦ حتى ١٩٧٢ على حق القضاء الادارى فى الغاء القرارات الادارية اذا ماصدرت مخالفه للقانون بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، كما يحق لهذا القضاء ان يحكم بالتعويض المناسب على الادارة نظير الاضرار التى تنشأ عن اعمال الادارة غير المشروعة او المخالفة للقانون.

- كما تجدر الاشارة الى ان مبدأ الشرعية بمدلوله الواسع يشمل كل سلطات الدولة، ويؤدى اليه بالضرورة منطق "الدولة القانونية"، مما يتجاوز دائرة القانون الادارى، الا اننا سوف نقتصر فى دراستنا لمبدأ الشرعية على احد جوانبه وهى زاويه الادارة (السلطة التنفيذية) فى مباشرتها لوظيفتها، وعلى ذلك يكون المقصود بمبدأ الشرعيه - هنا - هو ضرورة خضوع الادارة للقانون وتصرفها وفقا لاحكامه.

- على ان ثمه حقيقه ينبغى ادراكها، وهى ان المكانه التى تحتلها الشرعية "المشروعية) لم تعد قاصرة على فرع قانونى دون اخر، ولكنها فى الواقع اصبحت ركيزه اساسية تسيطر على النظام القانونى فى جملته. بيد ان ظهورها فى مجال القانون العام (الادارى والدستورى) والقانون الجنائى بصفة خاصة مرجعه الى طبيعة خاصة هى: الاهتمام بحماية الحريات العامة مستهدفا بها للوصول الى تحقيق ذلك التوازن المنشود بين الفرد والسلطة.

واذ انتهينا الى تحديد مبدأ الشرعية (فى القانون الادارى) بانه يعنى خضوع الادارة للقانون وتصرفها وفقا لاحكامه فان تبيان المقصود بخضوع الادارة للقانون يحتاج الى تفصيل، للوقوف على مدلول ذلك الخضوع من جانب الادارة للقانون، فهل يعنى ذلك عدم جواز اتيان الادارة عملا قانونيا اوماديا مخالفا للقانون، ام يعنى ذلك ضرورة استناد الادارة فى كل ما تأتيه من اعمال الى اساس من القانون، أم يقصد بمبدأ الشرعية هنا ان اعمال الادارة لاتكون مشروعه الا اذا كانت مجرد تنفيذا وتطبيق لقاعدة قانونية قائمة.

هذا ماسوف نعرض له فيما يلى:

موقف الفقه من تحديد مدلول خضوع الادارة للقانون [1] :

انقسم الفقه في معرض تحديد المقصود بخضوع الادارة للقانون الى ثلاثة آراء :

الرأي الاول : مؤداه أنه لايجوز للادارة ان تأتي عملا قانونيا او ماديا مخالفا للقانون .

الرأي الثاني : يفسر هذا الرأي خضوع الادارة للقانون بضرورة استنادها في كل ماتأتيه من اعمال الى اساس من القانون ، فلايكفي ان يكون عمل الادارة غير مخالف للقانون ، بل يجب ايضا ان يستند الى قاعدة قانونية تجيزه حتى يكون مشروعا .

الرأي الثالث : يذهب انصاره الى التطرف في تحديد مفهوم مبدأ الشرعية (في القانون الاداري) ، فيقرر انصار هذا المبدأ ان اعمال الادارة لاتكون مشروعة الا اذا كانت مجرد تنفيذ او تطبيق لقاعدة قانونية قائمة عند مباشرة التصرف .

تقدير هذه الآراء :

بينما يمثل الرأي الأول الحد الادنى المتفق عليه بين الفقه والقضاء في تفسير مبدأ الشرعية ذلك ان خضوع الادارة للقانون يستتبع — حتما — عدم خروجها على احكامه او مخالفة قواعده ، نجد الرأي الثاني يوسع في تفسير مبدأ الشرعية اكثر من الرأي الاول ، وبالتالي يضيق من نطاق حرية الادارة ، ويقيد سلطتها في مباشرة وظائفها ، فلاتملك — وفقا لهذا الرأي — اتخاذ اى عمل قانوني او مادي الا اذا كان القانون يمنحها حق القيام بهذا العمل .

واما الرأي الثالث ، فلقد كان انصاره اكثر توسعا في تفسير المبدأ ، ومن ثم اكثر تقييدا لحرية الادارة ، اذ يتعين لتحقيق المشروعية — في نظرهم — ان يكون العمل

---

(1) انظر : د . محمد فؤاد مهنى ، الرقابة القضائية على اعمال الادارة ، ١٩٥٦ — ١٩٥٧ ، ص٥ — ٦ ، د . محمود حافظ ، القضاء الاداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦ ، ص٢١ — ٢٢ ، د . رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص١٥ — ١٦ ، د . محمد ميرغني خيري ، المرجع سابق الاشارة اليه ، ص٨ . وكذلك

Delaubadere (A.); Traite elementaire de droit Admin.,3e ed., 1963. T I.P.193.

الادارى مجرد تنفيذ او تطبيق لقاعدة قانونية قائمة من قبل، بمعنى ان الادارة — وفقا لهذا الاتجاه — لاتعدو مجرد اداة لتنفيذ القانون، وهو بهذا يسلبها القدرة على الابتكار ويجردها من عنصر الاستقلال فى مباشرة تصرفاتها، اذ ما لم يكن العمل الذى تأتيه الادارة تنفيذا لقاعدة قانونية سابقة، فانه يكون باطلا لمخالفته لمبدأ الشرعية (المشروعية).

والواقع انه بمقارنة هذه الاراء الثلاثة، نجد ان الرأى الثالث، وان وفر للافراد ضمانات اكبر واوسع من الرأيين الاخرين، الا انه — مع ذلك — لا يمكن التسليم به، لانه اتجاه يؤدى الى عرقلة نشاط الادارة، كما انه يتجاهل الحقائق القائمة فى العصر الحديث والتى تؤكد اتساع مجالات النشاط الادارى فى الدولة المعاصرة، فضلا عن تعارضه مع القانون الوضعى سواء فى فرنسا او فى مصر، فلاشك ان الادارة تملك فى كل من القانونين الوضعيين فى فرنسا ومصر سلطة اصدار اللوائح على اختلاف انواعها، بما فيها اللوائح المستقلة او القائمة بذاتها، وهى لاتعتبر فى ذلك مجرد تنفيذ او تطبيق لقواعد قانونية قائمة من قبل، بل انها تعد مستقلة عن هذه القواعد، ومنشئة لقواعد قانونية جديدة.

ومن ناحية اخرى يمنح المشرع سواء فى فرنسا او فى مصر للادارة سلطة تقديرية فى حالات معينة ومجالات كثيرة، تمارس بمقتضاها حرية واسعة فى تقدير ملاءمة الاعمال والاجراءات التى تتخذها، فتملك اتخاذ التصرف او عدم اتخاذه، او اختيار الوقت الملائم واختيار الوسيلة او السبب المناسب لاتخاذه، ولا يتصور ان يكون عمل الادارة فى مجال مباشرتها السلطة التقديرية مجرد عمل تنفيذى لنصوص القوانين.

وعلى ذلك، فان الرأيين الاول والثانى نراهما متكاملان ومتفقان مع احكام القانون الوضعى فى فرنسا ومصر، والفقه والقضاء فى غالبيتهما متفقان على ان الادارة فى مباشرة اعمالها القانونية والمادية بعدم مخالفة القانون، وهو ما يفرضه الاتجاه الاول كما انها ملزمة بان تكون هذه الاعمال مستندة الى اساس من القانون وهو مذهب الرأى

الثاني ، بمعنى آخر نجد ان الرأي الاول وهو يفرض التزاما سلبيا على عاتق الادارة بالا تخالف احكام القانون ، يكمله الرأي الثاني بما يضع من التزام ايجابي بان يكون عمل الادارة مستندا الى القانون (بمعناه الواسع) اى مستندا الى اساس من القانون يجيزه سواء أكان هذا الاساس قاعدة مكتوبة او قاعدة عرفية او مبدأ قانونيا عاما .

مبدأ الشرعية في النظام المصري

أقر الدستور المصري بمقتضى المادة الثانية منه ، والتي تنص على ان "الاسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" [1] . اقر الدستور بمقتضى هذا النص الشروعية الاسلامية كمشروعية عليا للنظام المصري [2] .

ذلك ان القاعدة هي ان العام المطلق يرد على اطلاقه مالم يخصص او يقيد ، ومن ثم فان مفهوم كلمة المصدر هنا تعني الشمول ككلمة عامة مطلقة ، فتشمل المصدر التاريخي والمصدر التفسيري ـ ايضا ، بمعنى انه عند سن اى تشريع جديد يجب ان نلجأ اولا الى الشريعة الاسلامية ، بل ـ واكثر من ذلك ـ يجب على القاضي والفقيه ان يقوما بتفسير اى نص على اساس مبادئ الشريعة الاسلامية

---

(١) المادة الثانية معدلة بقرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة في ١٩٨٠/٤/٣٠ ، وقد وافق الشعب على التعديل بمقتضى الاستفتاء الذي اجرى عليه بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٢ ، ونشر التعديل بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ الصادر في ٢٦ يونيو ١٩٨٠ . وكان النص يجرى قبل التعديل على مايلي "الاسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع" .

(٢) انظر : د . مصطفى كمال وصفي ، المشروعية في النظام المصري في ظل دستور ١٩٧١ مجلة العلوم الادارية ، السنة ١٧ ـ العدد ٢ / اغسطس ١٩٧٥ ص ٧ ومابعدها .

وأصولها [1] .

اى انه يمكننا القول ان النظام المصرى بعد دستور ١٩٧١ (وتحديدا بعد تعديل المادة الثانية من الدستور) ، اضحى نظاما مذهبيا ، مذهبيته العليا هى الشريعة الاسلامية ، والتى ترتكز على " سياسة العدل والتوحيد " .

وهذه الشريعة الاسلامية تتسم بالثبات فى أصولها لقولة تعالى " لاتبديل لكلمات الله " كما تتصف — ايضا — بالشمول وذلك فى جميع العلاقات القانونية والاجتماعية سواء فى النظام الدولى او فى النظام الداخلى العام او الخاص ، وكذا فى كافة الامور الاقتصادية والثقافية ... الخ

واذا كان الامر كذلك ، فانه ينبغى القاء الضوء على مفهوم الشرعية الاسلامية .

الشرعية الاسلامية :

ان تصور الحاكمية فى الاسلام واضح لاتشوبه شائبه ، فهو ينص على ان الله وحده خالق الكون وحاكمه الاعلى وان السلطه العليا المطلقه له وحده ، اما الانسان

---

(1) وهذا ماقررته الادارية العليا فى حكم حديث لها صادر فى الدعوى رقم ٧٥ لسنه ٢٨ ق . فى ١٤ / ١٢ / ١٩٨٥ ، حيث قالت : " ان ماورد بنص م/ ٢ من الدستور من ان " مبادئ الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، يعتبر خطابيا موجها الى السلطة التشريعية — مؤدى ذلك — : ان الشريعة الاسلامية هى مصدر التشريع وليست فى ذاتها تشريعا واجب النفاذ . وانظر ايضا الادارية العليا فى القضية رقم ١٣٥٩ لسنة ٢٨ ق فى ٢٧ / ٢ / ١٩٨٤ ، مج س ٣٠ . العدد ١ / مبدأ ٤٨ / ص ١٤٦ .

كما اقرت ذلك المحكمة الدستورية العليا ، فى القضية رقم ٢٦ لسنه ٦ ق دستورية فى ١٩ / ٦ / ١٩٨٨ حيث جاء بالحكم " الزام الدستور المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع لاينصرف سوى الى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الالزام ، بحيث اذا انطوى اى منها على مايتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، اما التشريعات السابقة على هذا التاريخ فلا يتأتى انفاذ هذا الحكم بالنسبة لها لصدورها فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الالزام قائما واجب الاعمال " .

مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا — الجزء ٤ / (يناير ١٩٨٧ — يوليو ١٩٩١) ، مبدأ رقم ٢١ ص ١٤٠ .

فهو خليفه هذا الحاكم الاعلى ونائبه، وان النظام السياسي لابد وان يكون تابعا للحاكم الاعلى ، ومهمه الخليفة تطبيق قانون الحاكم الاعلى فى كل شئ وادارة النظام السياسي طبقا لاحكامه [1].

ونرى فى بعض كلام سيدنا يوسف أبلغ وافضل الكلام فى التوحيد والحاكميـة الالهيه "ياصاحبى السجن أأرباب متفرقون خيرام الله الواحد القهار ماتعبدون من دونه الا اسماء سميتموها انتم واباؤكم ما انزل الله بها من سلطان ، ان الحكم الا لله أمر الا تعبدوا الا اياه ذلك الدين القيم ولكن اكثر الناس لايعلمون " يوسف ٣٩ـ٤٠

واذا كان الامر كذلك، فان تصور الحاكمية يتطلب ان يكون مرجع الطاعة هـو الخالق وقوانينه وشرائعه، وان تتبع كافه الطاعات فى الدوله هذه الطاعـة الاساسية، وقد بين القرآن هذه المبادئ فقال :

" يا أيها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم فـان تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخـره ذلك خير وأحسن تأويلا " النساء ٥٩ .

وتشكل هذه الآيه اساس نظام الاسلام السياسي والاجتماعي والدينى ، كما انها حجر الزاوية القانونى فى الدولة الاسلامية والدستور الاسلامى .

ويمكن استخلاص عدة مبادئ تضمنتها هذه الآيـه [2] :

---

(١) انظر : ابو الاعلى المودودى ، الحكومة الاسلامية ، الطبعة ٢/ سنة ١٩٨٠ ص٧١ـ٧٢ ، ود . مصطفى كمال وصفى ، التطور الحديث للمشروعية فى القانون الادارى ، مجلـه العلوم الادارية ، السنه ١٨/ العدد ٢/ اغسطس ١٩٧٦ ص٤٦ ومابعدها والعدد ٣/ ديسمبر ١٩٧٦ ص٥٢ ومابعدها .

(٢) انظر: ابو الاعلى المودودى ، المرجع السابق ص ٨٣ـ٨٧ .

١ ـ ان الله وحده هو المطاع الرئيسي في النظام الاسلامي ، والمسلم عبد الله اولا وقبل اى شيء ، وحكم الله وطاعته هما محور حياة المسلم الفردية ومركز نظام المسلمين الجماعي ، اما بقية الطاعات الاخرى فتقبل لا لكونها ندا لطاعة الله مناظرة لها بل لكونها خاضعة لها وتابعة وكل طاعة تتعارض مع هذه الطاعة الاساسية الرئيسية على الانسان ان ينزع اغلالها من اعناقه ويطرح بها بعيدا ، وقد اوضح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك حين قال " لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق " .

٢ ـ ان طاعة الرسول هي الاساس الثاني في بنية النظام الاسلامي ، وهي ليست طاعة مستقلة برأسها ، وانما هي الشكل العملي الوحيد لطاعة الله ، واى طاعة لله دون سند من الرسول وتصديق فلا اعتبار لها ، واغفال رسول الله والاعراض عنه بغى على الله وعصيان ، وهذا مايوضحه الحديث " من اطاعني فقد اطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله " ، كما توضحه الآيات توضيحا تاما .

٣ ـ تأتي بعد هاتين الطاعتين وتندرج تحتهما طاعة ثالثة يجب على المسلمين القيام بها واداؤها في النظام الاسلامي وهي طاعة اولى الامر وهم من المسلمين انفسهم ومفهوم اولى الامر يتسع ليضم بين جنبيه كل من يتولون مقاليد الامور في المجتمع ، وباختصار شديد ـ كما يقول المودودي :ـ

" تجب طاعة كل من كان صاحب امر بين المسلمين ، وكل من لا يستقيم الخلل في حياة المجتمع المسلم بنزاعه ومخالفته بشرط ان يكون من المسلمين وان يطيع الله ورسوله ، فهذان شرطان ضروريان لهذه الطاعة بالذات " .

وعلى ذلك تدل احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم في اقواله :

(السمع والطاعة على المرء المسلم فيما احب وكره ، مالم يؤمر بمعصية فاذا امر بمعصية فلاسمع ولا طاعه " .

" لاطاعه في معصية ، انما الطاعه في المعروف " .

٤ ـ المبدأ الرابع الذي تقرره الآيه هو ان حكم الله ونهج رسوله لهما وضع السلطه النهائية والقانون الرئيسي في النظام الاسلامي ، فكل ما يحدث من نزاع بين المسلمين وانفسهم او بين الحكومة والرعايا لابد من الرجوع الى القرآن والسنه للفصل فيه ، وعلى الجميع ان يذعنوا لما يصدر عنهما من حكم .

ولكن ماذا لو لم يوجد الحكم في القرآن او السنه ؟ .

بداءة ، يجب على المسلم ان يرجع الى الله ورسوله اولا وقبل كل شيء في كل أمر وشأن ، فان وجد عندهما حكما نفذه وان لم يجد فله حريه العمل والتحرك بشرط الا يخرج عن الروح العامة ، وقد سمى الفقهاء هذا بالمصالح المرسلة والاستحسان [1] ، وحصوله على حرية التشريع في بعض المجالات يرجع الى ان سكوت الشارع عن اصدار حكم فيها دليل في حد ذاته على منحه اياه حرية التحرك فيها .

٥ ـ واخيرا تدل هذه الآيه على ان للمسلمين الحق في ان ينازعوا اولي الامره وتصفيه هذا النزاع متروكة لكتاب الله وسنه رسوله ، وعلى جميع الاطراف الاذعان والخضوع لما يصدر عنهما من احكام سواء في جانب اولي الامر ام في جانب الرعايا ، ويقتضي تنفيذ هذه الاحكام بالطبع وجود هيئة يرفع اليها النزاع لتحكم فيه بكتاب الله وسنه رسوله .

---

(١) تعني المصالح المرسلة المصالح العامة التي تركت لاستصوابنا ، ولا يعني ذلك الحرية التامة في التشريع اذ لابد هنا من توافر شروط ثلاثة هي : أ ـ ان ما يوضع من قوانين بهذه الطريقة لابد من ملاءمته لمقاصد الشريعه لا مخالفتها لها . ب ـ ان تقبله عامة العقول التي يقدم اليها . جـ ـ ان يكون لـه ضرورة حقيقية او لرفع مشكلة اساسية .

اما الاستحسان فيعني اذا كان في مسألة ما حكم قياس الا ان المصالح الدينية الاعظم تتطلب حكما اخر ، فان الحكم الثاني يرجح على الحكم الاول ، ويشترط لذلك وجود سبب أقوى ثابت بالادلة المعقولة للعدول عن الحكم القياسي واصدار حكم مغاير .

والشريعة لم تجبرنا على اختيار شكل محدد ينظم هذه الهيئة فلتكن مجلس علماء او محكمه عليا او ما اليها ، المهم وجود هذه الهيئة فى البلاد وتخويلها سلطات الاحتكام اليها ضد الهيئات التنفيذية والتشريعية ودوائر القضاء ومؤسساته، وان يكون مهمتها الفصل فى المنازعات وتوضيح الحق والباطل وفق احكام كتاب الله وسنه رسوله •

الخلاصة :

نخلص مما تقدم انه اذا كان الفكر القانونى الحديث قد ذهب الى تحديد مدلول مبدأ الشرعية بانه يعنى خضوع كل من الحكام والمحكومين لسلطان القانون (بمفهومه العام)، فانه مما تجدر الاشارة اليه ان مبدأ الشرعية لم يكن من خلق او ابتكار هذا الفكر القانونى الحديث •

وان كان المبدأ يضرب بجذوره الى التاريخ القديم منذ قانون دراكون سنه ٦٠٠ ق •م وقانون صولون سنه ٥٩٤ ق •م • فالمؤكد ان الاسلام قد قدم لمبدأ الشرعية اسهامات واضافات جديدة اسهمت فى دعمه وتأكيده ،، بل وفى بلورته وتحديد مضمونه بشكل رائع وبصورة واضحة (على ما اوضحنا) • بل لقد اقام الاسلام دولته منذ نشأتها على مبدأ الشرعيه الاسلامية، وعلى العكس من الدولة الحديثه التى لم تلتزم المبدأ الا منذ اعلان الحقوق الفرنسى عام ١٧٩١ واعلان ١٧٩٣م •

وان دل ذلك على شئ فانما يدل على عظمة الاسلام وسمو وعلو وكمال شريعته الغراء، وسبقها كافة الشرائع القانونية المقارنة فى تقرير اهم واعظم المبادئ القانونية العامة واجبه التطبيق فى كل دول العصر، وهو مبدأ الشرعية •

ولما كنا قد اوضحنا مفهوم مبدأ الشرعية فى الاسلام، وان المشروعية الاسلامية أضحت هى المشروعية العليا للنظام المصرى منذ عام ١٩٨٠، فانه مما تجدر الاشارة اليه وتأكيده ، هو سبق الشريعة الاسلامية فى تحديد مضمون مبدأ الشرعية وتقريرها له قبل الفكر القانونى المقارن باكثر من اربعة عشر قرنا ، بل ان الفكر القانونى الحديث قد استمد من الشريعة الاسلامية عناصر ومقومات وجوده •

المبحث الثاني
مصادر مبدأ الشرعية

تمهيد وتقسيم:

اذا كان مبدأ الشرعية يملى على الادارة واجب العمل طبقا لما تقضى به مجموعة القواعد القانونية تبعا لاختلاف انواعها ، فان هذه القواعد تعتبر بالطالة هذه مصادر مبدأ الشرعية ، وكما يقول دى لوبادير بان مبدأ الشرعية هو حاصل جميع القواعد القانونية التى تفرض على الادارة وتقيد اعمالها [1]. وعلى ذلك فانه يمكننا القول بان مصادر الشرعية تعد مرادفه لمصادر القانون ، والى ذلك يذهب جمهور الفقه [2] .

على ان رأيا اخر قد ذهب الى ان القانون بالمعنى الشكلى (اى الصادر عن السلطة التشريعية) هو وحده مصدر الشرعية ، وهو المصدر الوحيد الذى يقيد الادارة فى تصرفاتها ، ويبرر هذا الراى التزام الادارة باحترام كافة القواعد القانونية على اختلاف مصادرها ، بانه يرجع الى خضوع الادارة بطريقة غير مباشرة لهذا النص التشريعى او ذاك [3] .

---

(1) De LauBadere ; Traite elementaire de droit Administratif 2 eme 1957 p. 199.

(٢) انظر فى ذلك : د . محسن خليل ، القضاء الادارى ورقابته لاعمال الادارة - الجزء الاول ، طبعة اولى سنه ١٩٦٢ ، ص١٠ ومابعدها . د . سليمان الطماوى ، القضاء الادارى - الكتاب الاول (قضاء الالغاء) ، سنه ١٩٧٦ ص٢٢ ومابعدها ، د . كامل ليله ، الرقابة على اعمال الادارة (الرقابة القضائية) ، القاهرة ص٢١ ، د . فؤاد العطار ، القضاء الادارى ، طبعه ١٩٦٨ القاهرة ص ٢٥ ومابعدها ، د . محمود حافظ ، القضاء الادارى ، الطبعة الثالثة ١٩٦٦ ، القاهرة ، ص٢٣ وما بعدها ، د . رمزى الشاعر ، مسئولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية ، ص ٢٠ ، د . محمد ميرغنى خيرى ، القضاء الادارى ومجلس الدولة ، القاهرة ١٩٨٥ ، ص ١٠ ، د . عبدالحميد حشيش ، مبادئ القضاء الادارى ، القاهرة ١٩٧٦ ، ص٤٩ ومابعدها ،

(3) Eisenmann (ch.); le droit administratif et le principe de la legalite, E.D C.E., 1957 .

ونحن نذهب مع جمهور الفقه فى ان مصادر مبدأ الشرعية تشمل كل قواعد القانون الوضعى ايا كان مصدرها وايا كان شكلها ، اى سواء كانت مكتوبة او غير مكتوبة .

وعن ذلك فان الشرعية قد يكون مصدرها الدستور او التشريعات العادية التى تقررها السلطة التشريعية او اللوائح التى تضعها السلطة التنفيذية ، وهذه المصادر جميعها تصدر مدونة فى صورة نصوص مكتوبة ، كما قد يكون مصدر الشرعية العرف او المبادئ القانونية العامة وهى مصادر غير مكتوبة .

ونعرض لكل من نوعى المصادر المكتوبة وغير المكتوبة ، كل فى مطلب مستقل ، فنعرض لمصادر الشرعية المكتوبة فى المبحث الاول ، ثم نتناول فى المطلب الثانى المصادر غير المكتوبة لمبدأ الشرعية ، واخيرا تخصص مطلبا ثالثا لدراسة مبدأ تدرج القاعدة القانونية .

المطلب الاول

المصادر المكتوبة

تنحصر المصادر المكتوبة (لمبدأ الشرعيه) فيما تضعه السلطة التأسيسية فى الدولة من نصوص دستورية ، وفيما يسنه البرلمان من تشريعات عادية ، وما تصدره السلطة التنفيذية من لوائح مختلفة (القرارات التنظيمية) .

ونعرض لكل من هذه المصادر على النحو التالى :

اولا

الدستور

١ــ سمو القواعد الدستورية   ٢ــ القيمة القانونية لاعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير   ٣ ــ رأينا فى الموضوع .

١ ـ سمو القواعد الدستورية :

تعد القواعد الدستورية (سواء فى الدول التى تأخذ باسلوب الدستور المدون او فى الدول التى تأخذ باسلوب الدستور غير المدون) القواعد القانونية العليا فى الدولة ، بحيث يتعين ان تلتزم كافة السلطات العامة فى الدولة بها وكذلك الافراد ينزلون على مقتضى احكامها ، وينبغى الا تتضمن تصرفات السلطات العامة او الافراد ما يتعارض وهذه الاحكام ، والا حق انزال جزاء عدم الشرعية عليها .

ولما كانت القواعد المنصوص عليها فى صلب الدستور اول مصدر من مصادر الشرعية ، ذلك انها تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها ، وتحدد دائرة اختصاص كل منها ، وتبين كيفيه ممارسة هذه الاختصاصات ، فحق على جميع السلطات احترام هذه القواعد ، وممارسة وظائفها فى الحدود المرسومة وعلى الوجه المبين فى الدستور .

وتطبيقا لذلك فان القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية ، ينبغى ان تتفق واحكام الدستور والا جاز الطعن عليها بعدم الدستورية ، وكذلك فان سائر الاعمال والتصرفات الادارية يجب الا تتضمن ما يخالف الدستور والا جاز الطعن عليها بعدم المشروعية .

٢ ـ اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير :

على ان بعض الدول على اثر قيام نظام جديد بها يختلف فى اصوله ومبادئه عما سبقه من نظم ، قد تتجه الى ان تسجل أسس المجتمع الجديد وقيمه وما يسود فيها من مبادئ ونظم فى وثيقه تعلنها حتى يتاح للافراد التعرف على فلسفة النظام الجديد وما يتحملهم من حقوق وما يفرضه عليهم من التزامات حتى تسود الثقة والاستقرار بين الجماعه والفرد ، ومثال ذلك فى فرنسا اعلان حقوق الانسان الفرنسى والذى اقرته الجمعية الوطنية عام ١٧٨٩ والذى مازال متمسكا به حتى الان فى الدستور الفرنسى الحالى (١٩٥٨) ، اما فى مصر فمثال ذلك ميثاق العمل الوطنى المعلن

فى ٢١ مايو سنه ١٩٦٢ والذى اقره الموتمر الوطنى للقوى الشعبية ، والذى جاء بتقريره " ان الميثاق ينزل منزله الأبوة من الدستور " ، ومثال ذلك بصفة عامة المقدمة او الديباجه التى تتصدر الدساتيره وتتضمن المبادئ والمثل العليا التى استلهمها واضعوها .

وهنا يثور التساؤل حول القيمة القانونية لاعلانات الحقوق المنفصلة عن الدساتير ومقدمات الدساتيره فهل يمكنه اعتبارها من مصادر الشرعية ؟

او بمعنى اخر هل تدخل هذه الاعلانات والمقدمات ضمن مجموعة القواعد القانونية الملزمة ؟ .

موقف الفقه من القيمة القانونية لاعلانات الحقوق ومقدمة الدساتير :

اختلف الفقه الفرنسى فى هذا الامره وانقسم فى ذلك الى اتجاهين [1] :

الاتجاه الاول : ينكر الزاميه اعلانات الحقوق .

وينكر انصار هذا الاتجاه الزاميه اعلانات الحقوق ، ويرون فى اعلانات الحقوق مجرد عرض واعلان لمبادئ مذهبية فلسفية وسياسية اكثر منها قانونية محددة .

وبذلك تتجرد اعلانات الحقوق — فى نظر موئيدى هذا الاتجاه — من صفه الالزام القانونى ، ومن ثم فلايمكن اعتبارها كمصدر من مصادر الشرعية ، ولايكون لهما ازاء السلطات العامة فى الدولة سوى قيمة أدبية .

الاتجاه الثانى : يقرر الزاميه اعلانات الحقوق .

ويرى انصاره وهم غالبية الفقه ان لاعلانات الحقوق الحجية القانونية الملزمة ، وان اختلفوا الى ثلاثة آراء فى مدى الالزام القانونى الذى تتمتع به اعلانات الحقوق (ومقدمات الدساتير) .

---

(١) انظر فى ذلك : د . محمود حافظ ، القضاء الادارى ، مرجع سابق ص٤٢ وما بعدها ، د . محمد كامل ليله ، الرقابه على اعمال الادارة (الرقابة القضائية) ، مرجع سابق ص٢٣ ومابعدها ، د . محمد عصفور ود . محسن خليل ، القضاء الادارى ، ص١٠ وما بعدها ، د . محمد ميرغنى خيرى ، المرجع السابق ص٤١ ومابعدها ومن الفقه الفرنسى راجع :

- La Ferriere (3): Manuel de droit constitionel, 1974, pp.962 ets

الرأى الاول :

ويذهب موءيدوه الى اعطاء اعلانات الحقوق (ومقدمات الدساتير) قوة الزامية تعلو الدستور ذاته، استنادا الى انها تعبير عن الارادة العليا للامة، ولذلك تسمى هذه الاعلانات عند اصحاب الرأى " دستور الدساتير " .

ويترتب على هذا النظر ان تكون المبادىء والقواعد المقررة فى اعلانات الحقوق او مقدمات الدساتير ملزمة للسلطة التأسيسية ذاتها التى تتولى وضع الدساتير، فضلا عن السلطات العامة الموءسسة .

الرأى الثانى :

وفيه يضع انصاره اعلانات الحقوق (ومقدمات الدساتير) على قدم المساواة مع القواعد الدستورية، على اساس انها تعبير عن ارادة السلطة التأسيسية، شأنها فى ذلك شان النصوص الدستورية، ومن ثم فانها تعلو القوانين العادية وتلزم بالتالى المشرع العادى باتباعها وعدم الخروج عليها .

وقد استند هذا الجانب من الفقه لتدعيم وجهه نظره على مايجرى عليه العمل فى الولايات المتحدة الامريكية من مساواه اعلانات الحقوق بقوه الدساتير ذاتها، وما يفرضه القضاء من رقابه على دستورية القانون من ناحية ضرورة موافقتها ليس فحسب لاحكام الدستور بل كذلك لاعلانات الحقوق السائده هناك، كذلك تصور بعض انصار هذا الاتجاه، وهو العميد هوريو من انه لا يسود فى الدولة دستور واحد فحسب بل فى حقيقة الامر دستوران، دستور الدولة السياسى (وهو الذى يبين نظام الحكم فى الدولة) ، والدستور الاجتماعى الذى يقرر اساس النظام .

الرأى الثالث :

ويعطى انصار هذا الرأى لمبادىء اعلانات الحقوق (ومقدمات الدساتير) قيمة قانونية تعادل قوة القوانين العادية، باعتبارها تنص على بعض الحقوق، ولكنها لا يمكن ان ترقى الى مرتبة النصوص الدستورية الجامدة، والا نص على تضمينها صلب الدستور .

...

وعلى ذلك - وفقا لهذا الرأى - يجوز للسلطة التشريعية ان تتناول هذه المبادئ بالتعديل حسبما يتراءى لها ووفقا لما يمليه الصالح العام، ولكن الادارة تلتزم باحترامها كما تلتزم باحترام القوانين العادية .

ويلاحظ ان بعض هذا الجانب من الفقه قد فرق - فى هذا المجال - بين نوعين من القواعد ، وهى القواعد الوضعية والقواعد التوجيهية او المنهجية، واتجهوا الى اعطاء القيمة القانونية للقواعد الوضعية لانها تنتمى الى احكام القانون الوضعى ومن ثم تعتبر كمصدر من مصادر الشرعية التى تلتزم بها وبتطبيقها السلطات العامة فى الدولة، بينما انكروا صفة الالزام عن القواعد التوجيهية باعتبارها اصول علمية فلسفية، غير ملزمة ويتعين لتمتعها بصبغة الالتزام تدخل المشرع كى يضعها موضع التطبيق والالزام فيما تصدره من تشريعات .

موقف الفقه المصرى من المشكلة :

اتجه البعض من الفقه المصرى الى منح هذه القواعد التوجيهية القيمة القانونية التى تتمتع بها المبادئ العامة للقانون والتى تعد مصدرا من مصادر الشرعية ، وان كانت بحاجة الى تدخل القضاء كى يعلنها فى احكامه ويقرر مالها من صفة الزامية شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية الملزمة الاخرى [1].

بينما اتجه البعض الاخر الى التفرقة فى مبادئ واعلانات الحقوق من حيث الشكل الذى تتخذه ، فما صيغ منها فى شكل قواعد قانونية محددة واضحة صالحة لانشاء مراكز قانونية تكون لها نفس قيمة وقوة الزام النصوص الدستورية، اما تلك التى تقتصر على مجرد تقرير توجيهات عامة والاعلان عن مثل واهداف فانها تتجرد من القيمة القانونية، ولكن تكون لها قيمة ادبية [2].

---

(١) د . سعد عصفور ود . محسن خليل ، المرجع السابق ص١٥ .

(٢) د . محمد كامل ليله المرجع السابق ص٤٢ ، وقرب هذا د . محمود حافظ ، المرجع السابق ص٢٨ ومابعدها ، وان اتجه الى اعطاء النوع الاول من القواعد المحددة قيمة قانونية اعلى من النصوص الدستورية . ويصدق ذلك على قواعد الميثاق الوطنى الصادر سنة ١٩٦٢ ايضا .

٣ ــ رأينا في الموضوع :

نحن نؤيد الاتجاه الذى يقرر الزاميه مبادئ اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتيره ونرى اعطاء هذه المبادئ قوة قانونية تعادل القواعد الدستورية، ومن ثم تعد هذه المبادئ ــ كمصدر من مصادر الشرعية ــ في مرتبة النصوص الدستورية التى تلزم المشرع (وكافة السلطات العامة) باحترامها وعدم الخروج عليها ، وعلى ذلك فان على القاضى عند نظر دعاوى عدم الدستورية ان يفرض رقابته على دستورية القوانين ، ليس فحسب من حيث ضرورة موافقتها لاحكام الدستوره بل كذلك لاعلانات الحقوق ومقدمات الدساتيره هذا بالطبع ان كانت هذه المبادئ محددة ويمكن استنتاجها من روح الدساتيره اما اذا كانت بعض المبادئ غير محددة ويتعذر تطبيقها عمليا ، فلا تعدو سوى مجرد توجيهات وارشادات يتعين على المشرع وكافة السلطات العامة اتباعها .

موقف القضاء من مشكلة القيمة القانونية لاعلانات الحقوق :

اتخذ مجلس الدولة الفرنسي ازاء المشكلة موقفا مغايرا بعض الشئ للآراء المتقدمة، وقد خضع موقفه هذا لنوع من التطور على النحو التالى :

فلم يكن مجلس الدولة ينظر الى النصوص الواردة فى اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير على انها نصوص قانونية مكتوبة، وانما فقط باعتبارها مبادئ عرفية او مبادئ قانونية عامة، تفرض على الادارة واجب اتباعها ، ففى حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٥٠/٧/٧، قرر المجلس التسليم بحق الحكومة فى التدخل لتنظيم حق الاضراب المنصوص عليه دستوريا ،وذلك فى الحالات التى لايوجد فيها نص قانونى منظم، ومقيد لممارسة الاضراب ، بحيث تفرض من جانبها القيود واساليب التنظيم الكفيلة بتحقيق الصالح العام[1] .

---

(1) C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, R.D.P. 1950, note de waline

مشار اليه فى د . محمود حافظ، المرجع السابق هامش ٢ ص ٢٦

على ان مجلس الدولة الفرنسى قد ذهب —حديثا — الى اعطاء مبادئ اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير قوة الزامية تعادل القوانين العادية ، ومن ثم يترتب على مخالفتها من جانب الادارة بطلان ماتصدره من قرارات بالمخالفة لها [١] . وتفسير ذلك ان القضاء الفرنسى مازال يرفض الرقابة على دستورية القوانين ، اذ ان رقابته لاحترام النصوص الدستورية واعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير لاتنصب الا على اعمال الادارة ، ولا تتجاوزها الى اعمال السلطة التشريعية .

ثانيا

القوانين العادية

١ — ماهية القوانين العادية ٢ — المعاهدات ٣ — القوانين المكملة للدستور

١ — ماهية القوانين العادية :

يقصد بالقوانين العادية ، تلك التى تقوم بوضعها السلطة صاحبة الاختصاص الاصيل فى ممارسة الوظيفة التشريعية ، وهى السلطة التشريعية وذلك فى حدود اختصاصها وطبقا للاجراءات التشريعية المنصوص عليها .

والقواعد القانونية التى تقوم بوضعها السلطة التشريعية تعتبر من حيث التدرج القانونى فى الدولة فى مرتبة تالية للقواعد الدستورية ، وبالتالى تعد المصدر الثانى لمبدأ الشرعية .

وتطبيقا لمبدأ الشرعية يتعين على الادارة ان تباشر اعمالها وفق ماتقضى به القوانين العادية (التشريعات العادية) والا عدت هذه الاعمال غير قانونية ، ويحق للقضاء الادارى الغاء القرار المخالف للقانون بل والتعويض عنه — ايضا — .

---

(١) انظر د . محمود حافظ ، المرجع السابق والاحكام العديدة التى اشار اليها ص ٢٧ — ٢٨ .

والمسلم به ان الادارة لاتلتزم عند مباشرة وظيفتها الادارية الا بمراعاة القوانين التى تتفق وطبيعة هذه الوظيفة، وعلى ذلك يجوز للادارة ان تستبعد كلية بعض القوانين التى لاتتلاءم ونشاطها الادارى، وتعمل على تطبيق قواعد واحكام اخرى مغيرة تتمشى وطبيعة هذا النشاط، ولوكانت هذه القواعد والاحكام مقررة بواسطة القضاء، بوصف القانون الادارى قانون قضائى ، ومثال ذلك نظرية العقود الادارية ونظرية الظروف الاستثنائية واعمال السيادة، وقواعد المسئولية الادارية ... الخ .

وتطبيقا لذلك قررت محكمة التنازع فى فرنسا منذ زمن بعيد تعذر تطبيق احكام القانون الخاص فى مجال مسئولية الدولة عن اعمالها وضرورة تطبيق قواعد اخرى متمايزه تتلاءم مع حاجات المرافق العامة وحاجات الافراد ، وكان ذلك فى حكم بلانكو Blanco، الشهير الصادر فى ١٨٧٣/٢/٨ حيث اعلنت المحكمة " ان المسئولية التى تتحملها الدولة بمناسبة الاضرار التى تصيب الغير بفعل الاشخاص الذين تستخدمهم فى مرافقها العامة، لايمكن ان تخضع للمبادئ الواردة فى القانون المدنى الخاصة بعلاقات الافراد بعضهم ببعض، اذ ان مسئولية الدولة لها قواعدها المتمايزه الخاصة التى تتغير تبعا لحاجات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة "[1] .

على انه مما تجدر الاشارة اليه انه لايمكن القول باستبعاد احكام القانون الخاص بصفة مطلقة، من نشاط الادارة، اذ يجوز للادارة ان تتخلى فى بعض الحالات عن استعمال وسائل القانون العام وتلجأ مختارة الى وسائل القانون الخاص وتقنع فى ذلك بصفة الافراد العاديين، ومثال ذلك ماتبرمه الادارة من عقود تخضع للقانون الخاص[2] .

---

(١) انظر: د. احمد يسرى: احكام المبادئ فى القضاء الادارى الفرنسى (مترجم) الاسكندرية ، سنة ١٩٩١ ص١٩ ـ ٢٢ .

(٢) فى تفصيلات ذلك، انظر رسالتنا للدكتوراه فى موضوع " نظرية البطلان فى العقود الادارية " دراسة مقارنة، جامعة عين شمس سنة ١٩٨١ ، ص٦٩ ومابعدها .

باختصار يمكن القول بانه للادارة ان تطرح من القوانين ما لا يتلاءم ونشاطها وتطبق ما يتلاءم معه، ولها ان تطور من القوانين ما يحقق هذا التلاؤم [1] .

ولما كانت التشريعات العادية (القوانين) تأتي في المرتبة التالية للدستور اذن فيجب الا تخالف موضوعيا احكام الدستور، والا اعتبر القانون العادي المخالف للدستور انه قانون غير دستوري ، وجاز الطعن عليه بعدم الدستورية (في الدول التي تأخذ بحق القضاء في مراقبة دستورية القوانين ومنها مصر، على نحو ما تفصله مؤلفات القانون الدستوري .

٢ - القوة القانونية للمعاهدات :-

يلحق بالتشريع في مصر وتعتبر في نفس قوته المعاهدات التي تكون الدولة طرفا فيها ، وعلى ذلك جرى النص في الدساتير المصرية المتعاقبة، فنص في م/١٤٣ من دستور سنه ١٩٥٦ وفي م/١٢٥ من الدستور المؤقت سنة ١٩٦٤ وفي م/١٥١ من الدستور الحالي الصادر سنه ١٩٧١ على ان " رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها لمجلس الشعب مشفوعه بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد ابرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للاوضاع المقررة " .

اما في فرنسا ، فتعتبر المعاهدات في مرتبه اعلى من القوانين العادية ، وعلى ذلك نص الدستور الفرنسي - الحالي - الصادر سنة ١٩٥٨ في م/٥٥، اذ جاء نص الدستور على ان : " المعاهدات والاتفاقات المصدق عليها وفقا للقانون يكون لها - اعتبارا من وقت نشرها - قوة اعلى من قوة القوانين ... " .

٣ - القوانين المكملة للدستور :

ورد مصطلح القوانين المكملة للدستور لاول مرة في مصر عام ١٩٨٠ ، على اثر التعديلات التي اجريت على الدستور الحالي الصادر سنة ١٩٧١ ، اذ جاء في

---

(١) انظر: د . سعد عصفور ود . محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

الباب السابع (احكام جديدة) [1] وفى نص م/١٩٥ على انه يؤخذ رأى مجلس الشورى فيما يلى :

١ _ الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة او اكثر من مواد الدستور.

٢ _ مشروعات القوانين المكملة للدستور .

٣ _ ....

٤ _ ....

٥ _ مشروعات القوانين التى يحيلها اليه رئيس الجمهورية .

_ ويبلغ المجلس رأيه فى هذه الامور الى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب.

والبين من الاطلاع على هذه المادة ان الدستور الحالى قد خص القوانين المكملة للدستور بوجوب اتباع اجراء خاص لم يتطلبه فى غيرها من القوانين، وهو اخذ رأى مجلس الشورى قبل مناقشتها بالبرلمان وقبل اقرارها .

والمسلم به ان القوانين المكملة للدستور هى بذاتها المساة فى فرنسا بـ Lois organiques والتى ترجمت فى الفقه العربى فى كل من المغرب وتونس ـ بالقوانين الاساسية [2] . ولاشك ان ظهور هذا النوع من القوانين فى مصر قد اثار جدلا فقهيا حول المكانة التى تحتلها هذه القوانين فى سلم تدرج القواعد القانونية، على انه من المفيد فى هذا الشأن الوقوف على تحديد

---

(١) الباب السابع كله مستحدث بموجب قرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المنعقدة فى ١٩٨٠/٤/٣٠ ـ منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ فى ١٩٨٢/٦/٢٦ .

(٢) انظر: د. رمزى الشاعر النظم السياسية والقانون الدستورى ـ الجزء الاول " النظرية العامة للقانون الدستورى ،طبعة ١٩٧٧ ، ص١٣٦ ومابعدها ومؤلفه النظرية العامة للقانون الدستورى ، الطبعة الثالثة ١٩٨٣، ص ٢١٧ ومابعدها ، د. محمد مرغنى خيرى ، القضاء الادارى ومجلس الدولة المرجع السابق ص٧٤ ومابعدها .

ماهية هذه القوانين اولا ؟

تحديد القوانين الاساسية في الدستور الفرنسي :

على العكس من الدستور الفرنسي ، لم يحدد الدستور المصري القوانين المكملة للدستور، كما لم يحدد الدستور المصرى المعايير التي تحدد بها هذه القوانين [1] ، ويحسن في هذا الصدد الوقوف على موقف الدستور الفرنسي من هذه القوانين .

اوضحنا ان القوانين المكملة للدستور، في الدستور المصرى هي مرادف القوانين الاساسية Lois organiques في فرنسا ، ويقصد بهذه القوانين في فرنسا مجموعة القوانين التي حدد الدستور بطريقة حصرية ومحددة ضرورة اللجوء اليها لتنظيم موضوع ما واوجب ان يتم عرضها ومناقشتها في مجلس البرلمان بصورة متميزة ، كما ينبغي عرض مشروع القانون من هذا النوع على المجلس الدستوري للتأكد من مطابقته لاحكام الدستور قبل التصديق عليه .

وبالرجوع الى الدستور الفرنسي يمكن تحديد مدلول القوانين الاساسية من ثلاث زوايا :

١ ـ تحديد الدستور على سبيل الحصر للمجالات التي يتم فيها التشريع بقوانين اساسية، وهي بصفة عامة قوانين لها من الاهمية بحيث تبدو مكملة للدستور مثل القوانين المنظمة لانتخاب البرلمان او لتنظيم السلطات العامة في الدولة .

---

(١) تجدر الاشارة الى ان مصطلح القوانين الاساسية قد تردد في الفقه المصرى منذ بداية الدراسات المتعلقة بدستور ١٩٢٣ ، ومع ذلك لم يحدد مدلول هذه القوانين. وانما الراجح ان الفقه المصرى كان يقصد بهذه القوانين مجموعة القوانين المنظمة للسلطات العامة في الدولة والتي ينظر لها كقوانين ذات طبيعة دستورية من الناحية الموضوعية ، وان تميزت عن القوانين الدستورية ـ بالمفهوم الدقيق ـ بانها لم ترد في صلب الوثيقة الدستورية ، وما يترتب على ذلك من عدم وجوب اتباع الاجراءات المعقدة في وضع وتعديل والغاء القواعد الدستورية .

٢ ـ انه ينبغى اتباع اجراءات خاصة فى عرض مشروعاتها على البرلمان مثل وجوب مضى مدة معينة بين تاريخ ايداعها بمكتب مجلس البرلمان وبدء المناقشة بشأنها او تطلب اغلبية خاصة لها او موافقة جهة الرقابة الدستورية (المجلس الدستورى) قبل التصديق عليها .

٣ ـ ويترتب على الامرين السابقين أن تكون لهذه النوعية من القوانين مرتبه اسمى من القوانين العادية .

<u>تحديد القوانين المكملة للدستور فى النظام المصرى :</u>

اثار عدم تحديد الدستور المصرى للقوانين المكملة للدستور خلافا فى مجلس الشورى للبحث عن معيار او معايير يمكن من خلالها تحديد هذه القوانين .

وقد ترددت وجهات النظر بين معيارين : احدهما شكلى والاخر موضوعى .
ويقتضى المعيار الشكلى ان يعتبر قانونا مكملا للدستور كل قانون منظم لامر أوجب الدستور فى اى مادة من مواده تنظيمه بقانون ، اما وفقا للمعيار الموضوعى فيعتبر قانونا مكملا للدستور كل قانون ينظم موضوعا من الموضوعات ذات الطابع الدستورى او المتعلقة بالدستور ، كأن يكون متعلقا بتنظيم احدى السلطات العامة الاساسية او موضحا للعلاقة بينهما او متناولا لحق من الحقوق او الحريات العامة ، وقد استقر الامر على الاخذ بالمعيارين معا رغبة فى توسيع اختصاصات مجلس الشورى باكبر قدر ممكن [1] .

وقد اتجه د . رمزى الشاعر الى تحديد القوانين الاساسية من خلال سرد امثله متعددة لها فى كل من مصر وفرنسا وبعض البلاد العربية [2] .

---

(١) انظر : د . محمد ميرغنى خيرى ، مرجع سابق ص ٢٥ ، ٢٦ .
(٢) انظر : د . رمزى الشاعر ، النظم السياسية والقانون الدستورى ، الجزء الاول ، سنه ١٩٧٧ ص ١٣٦ ومابعدها .

ونرى من جانبنا الاخذ بالمعيارين الشكلي والموضوعي في تحديد القوانين المكملة للدستور (القوانين الاساسية) ، فنرى انه يعد قانونا مكملا للدستور كل قانون منظم لامر اوجب الدستور تنظيمه بقانون او كان الامر المراد تنظيمه متعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة او متناولا لحق من الحقوق او الحريات العامة ومثال الاولى قانون مباشرة الحقوق السياسية وقانون تنظيم السلطة القضائية وقانون المحكمة الدستورية العليا وقانون محاكم امن الدولة، ومثال الثانية قانون مجلس الشعب وقانون الاجراءات الجنائية وقانون العقوبات وقانون الاسلحة والذخائر ... الخ .

مرتبة القوانين المكملة للدستور بين مصادر مبدأ الشرعية :

يذهب غالبية الفقه في فرنسا على اعطاء القوانين الاساسية مرتبه وسطى بين الدستور والقوانين العادية، وعلى ذلك يذهب الفقه المصري، فتكون للقوانين المكملة للدستور (القوانين الاساسية) درجة ادنى من الوثيقة الدستورية واسمى من القوانين العادية، ويفسر ذلك السمو بالاجراءات الخاصة الاكثر تعقيدا الواجب اتباعها في اصدارها [1] .

ويترتب على ذلك السمو الذى تتمتع به القوانين المكملة للدستور، انه لايجوز تعديلها بقانون عادى ولو كان لاحقا عليها ، بل يتعين تعديلها ، ان اقتضى الامر ذلك ، بذات الاجراءات المتبعه في تقريرها .

على ان خلافا في الفقه قد ثار حول مدى جواز الطعن بعدم الدستورية على القانون العادى المتضمن لاحكام مخالفة لما ورد في قانون مكمل للدستور، فذهب د . رمزى الشاعر الى جواز ذلك [2] ، بينما يذهب د . ميرغني خيرى الى عكس ذلك [3]

---

(1) راجع : د . رمزى الشاعر : مرجع سابق ص١٤٩، د . محمد ميرغني ، مرجع سابق ص٢٥

(2) د . رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، الطبعة الثالثة سنة ٨٣ ص ٢٣٠ .

(3) د . ميرغني خيرى، مرجع سابق ص٢٥ ، ود . عادل شريف، قضاء الدستورية في مصر ، طبعة ١٩٨٨ ص١٩٠ .

ونحن نؤيد ما انتهى اليه الرأى الثانى من عدم جواز الطعن بعدم الدستورية على القانون العادى المتضمن احكام مخالفة لما ورد فى قانون مكمل للدستور ، وحجتنا فى ذلك ان تلك الدرجة التى يتميز بها القوانين المكملة للدستور على القوانين العادية ، لاتجعلها فى مرتبة الوثيقة الدستورية ، وما تطلب الدستور اجراءات خاصة فى اصدار هذه القوانين الا لاضفاء قدر اكبر من الضمانات لموضوعات هذه القوانين ولحقوق الافراد وحرياتهم ، عند مناقشتها واقرارها •

ثالثا

اللوائح (التشريعات الفرعية)

١ ـ ماهية اللائحة ٢ ـ مدى جواز تعديل اللائحة بمقتضى تشريع

٣ ـ انواع اللوائح ٤ ـ طرق الطعن على اللوائح

١ ـ ماهية اللائحة :

اللائحة عبارة عن تشريع صادر من السلطة الادارية ، بان تضع هذه السلطة قواعد عامة مجردة تطبق على عدد غير محدود او معين من الافراد ، او اللائحة هى القرارات الادارية التنظيمية التى تصدرها جهة الادارة •

وتعتبر اللائحة من قبيل القرارات الادارية طبقا للمعيار الشكلى (العضوى) ـ الذى يعتمد فى تكييف طبيعة العمل على السلطة مصدرة هذا العمل ـ وذلك لصدورها من السلطة الادارية ، كما تعتبر اللائحة اعمالا تشريعية طبقا للمعيار الموضوعى (المادى) ـ الذى يعتد بالموضوع دون الشكل فى تكييف الطبيعة القانونية للعمل ـ لانها تنشئ قواعد عامة مجردة تطبق على الكافة او على طائفة منهم دون تحديد او تعيين لاشخاص معينة بالذات شأنها فى ذلك شأن التشريعات العادية •

واللوائح تعتبر عنصرا من عناصر البناء القانونى للدولة ومصدرا من مصادر الشرعية ، وتأتى فى مرتبة تالية للتشريع العادى (القانون) ، ولكنها تعتبر فى درجة اعلى من القرارات الفردية التى تصدرها الادارة [1] ، لما تتسم به من العمومية والتجريد عكس القرار الادارى الذى يتسم باتجاهه الى حالة معينة بذاتها او شخص معين بذاته ، وتسمى اللوائح بالقرارات التنظيمية .

والادارة تلتزم باحترام ما تتضمنه اللوائح من قواعد قانونية ، رغم انها هى التى وضعت هذه القواعد ، ومن ثم لاتملك الخروج عليها او مخالفتها بقرارات ادارية فردية ، واذا اصدرت مثل هذه القرارات كانت غير مشروعة لمخالفتها للقانون ولكن للادارة ـ بطبيعة الحال ـ ان تعدل لوائحها وان تلغيها وفقا للاوضاع القانونية ، وتلتزم بالخضوع لاحكامها طالما هى قائمة . فاذا تبين ان الادارة لم تعدل لوائحها بقصد الاستجابة لدواعى الصالح العام ، وانما اجرت هذه التعديلات ليمكنها اصدار قرارات ادارية مخالفة للوائح القائمة تحقيقا لغاية شخصية او سياسية بعيدة عن المصلحة العامة ، عد التعديل انحرافا فى استعمال السلطة ومن ثم عملا غير مشروع مستوجبا الالغاء [2] .

---

(١) ذهب البعض من الفقه الى اعتبار القرارات الادارية الفردية مصدرا من مصادر الشرعية ، ونحن لانؤيد هذه الوجهة من النظر ، لان القاعدة القانونية التى تعد مصدرا للشرعية قاعدة عامة مجردة ، اما القرارات الادارية فلا تعد مجرد تطبيق للقاعدة العامة على حالات فردية .
انظر فى ذلك ، د . ثروت بدوى ، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية القاهرة سنة ١٩٦٩ ، ص ٢٠ـ٢١ .

(٢) راجع د . محمود حافظ ، مرجع سابق ، ص ٣٢ـ٣٣ .
د . محمود حلمى ، القضاء الادارى ، الطبعة الثانية / ١٩٧٧ ، ص ١٦٧ .

ومن ناحية اخرى وبالنظر الى الزاوية الموضوعية فى اللائحة ، فانه يتحتم ـ طبقا لمبدأ الشرعية ان تحترم اللائحة نصوص التشريع العادى بان تعمل فى دائرته والا تخالفه ، ذلك أن القانون يعلو اللائحة من ناحيتى العمومية والتجريد ، وكذلك يجب على اللائحة ان تعمل وفق احكام التشريع الاعلى ـ الدستور ـ .

٢ ـ مدى جواز تعديل اللائحة بمقتضى تشريع :

على ان ثمة تساؤل يثار هنا حول مدى جواز تعديل اللائحة بمقتضى تشريع صادر عن السلطة التشريعية .

لقد اوضحنا ان القاعدة القانونية التى تتضمنها اللائحة قابلة للتعديل وفقا لما يقضى به الصالح العام ، وذلك وفقا للضوابط الاتية :

١ ـ يجب ان يتم التعديل للائحة بلائحة اخرى ، ومن ثم لايجوز تعديل اللائحة بقرار ادارى فردى .

٢ ـ يجب ان تصدر اللائحة المعدلة للائحة المراد تعديلها من الجهة الادارية التى اصدرت اللائحة الاولى او من جهة اعلى منها ، مثال ذلك ان يصدر قرار تنظيمى (لائحة) من رئيس الجمهورية بتعديل أو الغاء قرار تنظيمى (لائحه) صادرة من احد الوزراء ، ولكن لايجوز لجهة ادارية دنيا ان تعدل لائحة اصدرتها جهة ادارية اعلى ، ولو تم هذا التعديل او الالغاء باجراء عام ، مالم تفوض الجهة الادارية الدنيا فى التعديل من الجهة التى تملك هذا التعديل أصلا ، وفى هذه الحالة يعتبر التعديل كما لو كان صادرا من الجهة ذاتها التى اصدرت اللائحة على ان ذلك مشروط بان يكون التفويض قد تم من الجهة التى تملكه اصلا وان يكون مكتوبا .

وإذا كانت القاعدة الاصولية هنا تقضى بانه اذا كان الاختصاص الذى يزاوله مصدر القرار يستمده من القانون مباشرة ، امتنع على رئيس مصدر القرار ان

يتناوله بالتنظيم وبالتالي بالتعديل ، فما مدى سريان هذه القاعدة ، هل تقتصر في التطبيق على اعضاء السلطة التنفيذية (الاداريه) ام تمتد لتشمل ايضا العلاقه بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ؟

بمعنى اخر هل يجوز للسلطة التشريعية ان تعدل بتشريع قرارا صادرا من السلطة التنفيذية ؟

ثمه تفرقه بين حالتين ، احداهما : اذا كان القرار التنظيمي (اللائحه) صادر من رئيس الجمهورية استنادا الى اختصاصه الاصيل المستمد من احكام الدستور (مثال ذلك اللوائح التنظيمية) .

وثانيتهما : اذا كان القرار التنظيمي صادر من رئيس الجمهورية استنادا الى نص قانوني .

ففي الحالة الاولى ، لايجوز للسلطة التشريعية ان تتناول هذا القرار التنظيمي (اللائحه) بالتعديل او الالغاء لانه يدخل في نطاق الاختصاصات المحتفظ بها للسلطة التنفيذية وفقا للدستور .

اما في الحالة الثانية ، فيجوز للسلطة التشريعية ان تعدل بتشريع يصدر منها اللائحة ، مثال ذلك اللوائح التنفيذية .

٣ ـ انواع اللوائح :

واللوائح انواع منها اللوائح التنفيذية التي تصدر لتنفيذ القوانين ، ولوائح الضبط (لوائح البوليس) ، واللوائح التنظيمية (لوائح انشاء وتنظيم المرافق العامة) واللوائح التفويضية (تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية) ، ولوائح الضرورة (التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان او فيما بين ادوار انعقاده او في حالات الضرورة ان كان البرلمان منعقدا) .

وتجدر الاشارة الى ان اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة يعدان في مرتبة مساوية للتشريع في سلم تدرج القواعد القانونية .

٤ ـ طرق الطعن على اللائحة :

ويكون الطعن في مشروعية اللوائح بضرورة احترامها القانون طبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة بطريقين : طريق مباشره بطلب الغائها وذلك في الميعاد المقرر لذلك قانونا او بطريق غير مباشره وذلك بطلب الغاء القرار الادارى الفردى الصادر تطبيقا لها ارتكازا على عدم مشروعية اللائحة التى يطلب عدم الاخذ بها والاعتداء بها دون التصدى لالغائها .

واخيرا ، تجدر الاشارة الى انه يلحق بالقرارات التنظيمية (اللوائح) التعليمات والمنشورات اذا كانت تشتمل على قواعد عامة مجردة ، ففى هذه الحالة تأخذ هذه التعليمات والمنشورات حكم القرارات التنظيمية ، فتصبح بمثابة اللائحة او القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ، ويستتبع ذلك ان يلتزم بمراعاتها لا المرؤوسون وحدهم ، بل الرئيس نفسه الذى اصدرها ، ومن ثم لايملك هذا الاخير ان يخالفها في التطبيق على الحالات الفردية طالما لم يصدر منه تعديل او الغاء لها بنفس الاداة (١)

---

(١) انظر: د. فؤاد العطار ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٤٢ ، والاحكام القضائية التى اشار اليها .

المطلب الثاني
المصادر غير المكتوبة

تتمثل المصادر غير المكتوبة لمبدأ الشرعية في : العرف ، والمبادئ القانونية العامة ـ او المبادئ العامة للقانون ـ ونعرض لكل منها في مطلب مستقل .

اولا
العرف

١ـ العرف بصفه عامه ٢ـ مفهوم العرف الادارى ـ ٣ ـ اركان العرف
٤ـ القيمة القانونية للعرف ٥ـ مرتبه العرف الادارى ٦ـ ملاحظات جوهرية .

١ـ **العرف بصفة عامة :**

يعتبر العرف من اقدم مصادر الشرعية (القانون) . والشرائع الاساسية التى تعتبر اصولا لجميع القوانين الحديثة (وهى الشريعة الرومانية والشريعة الاسلامية والشريعة الانجلو سكسونية) تسلم بمكانه الاعراف . فلقد قامت الشريعة الرومانية فى الاصل مرتكزة على القواعد العرفية التى دونت فيما بعد فى الالواح الاثنى عشر المعروفه[1] . وجاءت الشريعة الاسلامية مقرة العرف كمصدر من المصادر الشرعية ، مما يجعل العادات الملزمة واجبة الاتباع كأنها قواعد مسنونه[2] . اما القانون الانجليزى فان الجانب الاكبر منه يتكون من الاعراف والسوابق القضائية . وهو الجانب المعروف بـ Commun Law ، تمييزا له عن الجانب

---

(١) انظر : د . محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، ١٩٦٦ ، ص ٤٥ـ٤٧
(٢) انظر : عمر عبدالله : العرف فى الفقه الإسلامى ، مقال منشور بمجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنه/٥ (مارس ١٩٥١) ، العدد ١/ ٢ ، ص٩٧ .

الاصغر المكون من القواعد التشريعية المعروفة بـ Statute Law [(١)].

ويلعب العرف دورا هاما بالنسبة لجميع فروع القانون الخاص والعام، عـدا القانون الجنائي الذي يقوم على مصدر التشريع ـ فقط ـ اعمالا لمبدأ "لا جريمة الا بنص".

وفي القانون الاداري يعتبر العرف مصدرا من مصادره، وذلك نظرا لقيام الادارة في كثير من الاحيان ولاسباب مختلفة بالسير على نحو معين في مواجهة بعض الحالات، سيرا مصحوبا بالاعتقاد في وجوب الالتزام به، وهو الامر الذي يؤدي الى ايجاد اعراف ادارية ملزمة [(٢)].

وللعرف في المجال الاداري مفهوما خاصا الى جانب مفهومه العام الذي يشترك فيه مع الاعراف المتعلقه بسائر فروع القانون، وهو مايستتبع القاء الضوء على هذا المفهوم الخاص بالمقارنة بالمفهوم العام للعرف ـ ثم نعرض بعد ذلك للقيمة القانونية للعرف كمصدر من مصادر الشرعية، واخيرا لمرتبه العرف بالنسبة للتشريع:

مفهوم العرف المدني :

عرفت محكمة القضاء الاداري العرف المدني بانه: "دريج الناس على قاعدة معينة واتباعهم اياها في معاملاتهم وشعورهم بضرورة احترامها، وهو بعبارة اخرى استمرار العمل بقاعدة معينة، مع الاعتقاد بالزامها وعدم جواز الخروج عليها، فاذا اختط الناس لانفسهم سنه معينة وقاعدة محددة لتنظيم روابطهم، ثم اضطرد اتباع هذه السنه وثبت وتقادم وعم وانتشر، تحت ضغط الحاجات والميل الى المألوف وحب التقليد واستقر في الاذهان الشعور بلزومها وضرورة احترامها وتوقيع

---

(١) انظر: الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي: نظرية القانون، ١٩٥٤، ص١٤٤.
(٢) انظر: الدكتور بكر القباني: العرف كمصدر للقانون الاداري، ص٩.

الجزاء على من يخالفها ، تولدت هناك قاعدة قانونية مصدرها العرف "(١) .
وبذلك تختلف العادات عن الاعراف في القانون الخاص ، نظرا لخلو العادة من عنصر الالزام عكس العرف . وذلك بخلاف الفقه الاسلامى الذى يجعل للعرف والعادة معنى واحدا (٢) .

٢ ـ اما العرف الادارى ، فهو تعبير اصطلح على اطلاقه على الاوضاع التى جرت الجهات الادارية على اتباعها فى مزاولة نشاط معين لها ، وينشأ من استمرار الادارة التزامها لهذه الاوضاع ، والسير على سنتها فى مباشرة هذا النشاط ان تصبح بمثابة القاعدة القانونية واجبة الاتباع ، مالم تعدل بقاعدة اخرى مماثلة " (٣) . او هى كل قاعدة جرت عليها الادارة واتخذتها شرعة لها ومنهاجا " (٤) .

وعنى فقهاء القانون العام بتحديد مفهوم العرف الادارى ، فمنهم من عرفه بانه " سير الجهة الادارية على نحو معين وسنن معينة بشكل مضطرد فى مباشرة نشاط معين لها ، بحيث تصبح القاعدة التى تلتزمها الادارة مختارة بمثابة القانون المكتوب " (٥) او هو اتباع الادارة او احدى الجهات الادارية ، لسلوك معين بصورة مضطردة ، حتى يتولد لديها الشعور بالزامية هذا السلوك "(٦) وبنفس المعنى جاء تعريف العرف الادارى بانه القواعد غير المكتوبة التى تتكون

---

(١) محكمة القضاء الادارى ، ٢٤ / ٦ / ١٩٥٧ ، مج السنه ١١ ، حكم رقم ٣١٦ ، ص ٤٩٦
(٢) واجع : عمر عبدالله : المرجع السابق ص١٠٣ .
(٣) واجع حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٤ / ٢ / ١٩٦٢ ، مج السنه ٧ ، مبدأ رقم ٤٢ ص ٣٥٥ .
(٤) المحكمة الادارية العليا فى ٢٦ / ٣ / ١٩٦٠ ، مج السنه ٥ ، ص ٥٧٠ .
(٥) انظر : د . محسن خليل ، المرجع السابق ص١٤
(٦) د . محمد ميرغنى ، المرجع السابق ص٣٨ .

من جراء العادات التى تلتزمها الادارات العامة فى مجال الشئون الادارية المختلفة ، وذلك فيما بينها او فيما بينها وبين الافراد مع توافر الشعور بالزامية هذه القواعد ووجوب احترامها قانونا "(١) .

اختلاف العرف الادارى عن العرف المدنى :

مما تقدم يتضح لنا ان العرف الادارى يختلف عن العرف المدنى من ناحيتين : احداهما الناحية العضوية وثانيتهما الناحية الموضوعية .

فمن الناحية العضوية : فان التكوين العرفى فى مجال العرف الادارى يتم عن طريق السلطات الادارية المختلفة وليس عن طريق الافراد كما فى العرف المدنى . واما من الناحية الموضوعية فان التكوين العرفى فى المجال الادارى .. يتعلق بالمصالح العامة اذ يرتبط بالشئون العامة الادارية التى تباشرها الادارات المختلفة ، اما فى المجال المدنى فان التكوين العرفى يتعلق بالمصالح الخاصة (٢) .

٣ ـ اركان العرف الادارى :

والعرف الادارى ـ شأنه فى ذلك شأن سائر الاعراف بوجه عام ـ يقوم على ركنين (عنصرين) :

اولهما : الركن المادى : ويتكون بتوافر اتباع الادارة لسلوك معين والتصرف على مقتضى سنة محددة بطريقة منتظمة ومضطردة .

ويبين من ذلك ضرورة توافر شروط معينة فى العادة (السلوك الذى تتبعه جهة الادارة) ، يمكن اجمالها فيما يلى :

---

(١) د . بكر القبانى ، المرجع السابق ص١٨ .
(٢) د . بكر القبانى ، المرجع السابق ، ص١٧ـ١٨ .

أ - عمومية الاعتياد ب - وان يكون منتظما (مضطردا) جـ - وان يكون مستقرا (قديما) د - وان يكون مشروعا ، فضلا عن وجوب ان تكون العادة معقولة ومتفقة مع المبادئ العامة للقانون (١) .

وثانيتهما : الركن المعنوى : ويتوافر هذا الركن بقيام الشعور لدى الادارة بالزامية السلوك المعين . اما اذا قامت الادارة بتصرفها على سبيل التسامح والتساهل فلا يمكن القول بنشوء العرف .

٤ - القيمة القانونية للعرف الادارى :

العرف الادارى يعد بمثابة القانون من حيث وجوب احترامه والعمل به فاذا ما خالفت الجهة الادارية العرف الادارى يكون تصرفها قد انطوى على مخالفة القانون ، وبالتالى يكون القرار المطعون فيه ... قد وقع باطلا " (٢)

ذلك ان المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص فى قانون او لائحة ، بل تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الادارة والتزمتها واتخذتها منهجا لها " (٣)

ويسلم الفقه الادارى فى كل من مصر وفرنسا بالحاجة الى الاعراف الادارية بوصفها مصدرا رسميا من مصادر القانون الادارى (الشرعية الادارية) .

وانه وان تعددت الاراء فى بيان اساس الزام العرف الادارى ، فانه يمكننا القول - باختصار - ان اساس القوة الملزمة للعرف يرجع الى ضرورة العرف ذاته ، نظرا لعدم كفاية التشريعات الادارية من جهة ، وعدم وجود تقنينات ادارية (٤) .

---

(١) فى تفصيلات ذلك : انظر د . بكر القبانى : المرجع السابق ص١٩ ومابعدها
(٢) محكمة القضاء الادارى ، الدعوى رقم ١٢٤ لسنة ٤ق مج السنه/٥ ، ص٩٥ .
(٣) المحكمة الادارية العليا ، حكم ١٩٦٠/٣/٢٦ ، مج السنه/٥ ص ٥٧٠ .
(٤) راجع : د . بكر القبانى - المرجع السابق ص٤٠ ومابعدها .

اذن العرف الاداري ـ لاشك ـ يعد مصدرا للقانون الاداري • واذا كان كذلك ، فما هي مرتبته بالنسبة للتشريع ؟

٥ ـ مرتبة العرف الاداري :

يجمع الفقه والقضاء الاداري المصري على تمتع العرف الاداري بالمرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة ، وذلك نزولا على القاعدة التي اوردتها المجموعة المدنية المصرية في هذا الشأن في بابها التمهيدي ، وذلك على اساس ان هذا الباب قصد به ان تسري احكامه على كل فروع القانون [1] •

وقد سلم الفقه الاداري الفرنسي ان العرف الاداري يحتل المرتبة التالية لمصادر الشرعية الادارية (بعد التشريع مباشرة) •

ويبنى على ذلك انه لايجوز للقاضي الالتجاء للعرف الاداري الا اذا استحال عليه الوصول للحكم القانوني من النص التشريعي (الدستوري والعادي او اللائحي) ، بمعنى آخر لايجوز الالتجاء الى العرف الا بعد اعمال النص المكتوب ، ويترتب على هذه القاعدة انه يمكن للتشريع الغاء العرف ومخالفته ولايمكن للعرف ان يخالف نصا تشريعيا ، والا اعتبر ذلك خروجا على مبدأ الشرعية •

٦ ـ ملاحظات جوهرية :

١ ـ لايعد عرفا اداريا مجرد تطبيق اجراء معين من جانب الادارة بصورة متقطعة وغير منتظمة ، او ان يكون العمل الذي تجريه الادارة لايعدو ـ في حقيقة الامر ـ سوى رخصة تترخص بها السلطة التنفيذية ، او مجرد تسامح الادارة في مسأله معينة ولفترة موقته •

---

(١) وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري ان " العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب ان يلجأ اليه القاضي اذا افتقد النص • وقد ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لايقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء " • راجع : د • عبدالفتاح عبدالباقي ، المرجع السابق ، ص ٩ ١٣ •

٢ — ان تقرير الادارة لقاعدة عرفيه تسير على مقتضاها لايدعو جهة الادارة الى الابقاء عليها دائما ، بحيث يستحيل عليها تعديلها وتغييرها وتبديلها بقاعدة اخرى ، اذ قد تدعو الظروف والاحوال ومصلحة العمل الى تغيير الاسلوب الذى درجت عليه الادارة واستقر وانتظم باسلوب جديد يتمشى وصع ما ظهر من تغيير فى الظروف والاحوال ، بحيث يكون اكثر اتفاقا ومصلحة العمل ذاته ، فى هذه الحالة يجوز للادارة ان تعدل عن القاعدة العرفية الماضية ، وان تتبع قاعدة جديدة ، ولا يعتبر تصرفها والحالة هذه ، مخالفا لمبدأ الشرعية .

٣ — رفض جهة الادارة تطبيق القاعدة العرفية القائمة التى تريد تعديلها وتغييرها على حالات معينة بنية السير فى الاتجاه الجديد الذى تريد تقريره يعد عملا مشروعا لاغبار عليه . اما اذا ثبت ان الادارة قد رفضت تطبيق العرف القائم فعلا على حالة وقررته على حالة اخرى ، فان تصرفها يكشف عن نية الادارة بانها لاتقصد فى حقيقة الامر تغيير القاعدة العرفية باخرى جديدة او العدول عن القاعدة المقررة السائدة . وتعتبر الادارة والحالة هذه ، قد خالفت العرف المقرر القائم فعلا الذى مازالت تتمسك به ويعد تصرفها — فى هذه الحالة — غير مشروع يستوجب البطلان .

٤ — حق الافراد فى التمسك بتطبيق قاعدة عرفية هو حق مرتبط بقيام الادارة بالسير على مقتضى هذه القاعدة باضطراد وانتظام .

٥ — القضاء هو المرجع فى التثبت من توافر اركان العرف ، وفى تحديد موقف الادارة ، وهل مسلكها يتضمن مجرد مخالفة للعرف او هو بمثابة عدول عنه الى عرف جديد ، وفى التمييز بين العرف ومجرد التسامح من جانب الادارة الذى لايرقى الى مرتبة العرف .

٦ ـ اذا كان للعرف الادارى ، انواع متعددة منها العرف المفسر والعرف المكمل والعرف المخالف والعرف المسقط ، فانه يمكننا القول بان العرف المعتبر فى تقديرنا كمصدر للشرعية الادارية هو العرف المكمل ، لان العرف المفسر لايعدو سوى مجرد تطبيق للقاعدة المكتوبة ، والعرف المخالف لايعتبر عرفا بالمفهوم الصحيح ، لانه لايجوز للعرف مخالفة القانون المكتوب ، تطبيقا للقاعدة السابق ايضاحها من جهة ولمخالفة ذلك لمبدأ الشرعية ذاته من جهة اخرى ، كما انه من المقرر فقها وقضاء عدم جواز الاعتداد بالعرف القائم على عدم الاستعمال دون استثناء .

اذن لايبقى سوى العرف المكمل وهو المعتبر مصدر الشرعية الادارية على التفصيل السابق .

ثانيا
المبادئ العامة للقانون

١- مفهوم المبادئ العامة للقانون . ٢- اساس المبادئ العامة للقانون
٣- مجالات تطبيقها ٤- القوة الالزامية للمبادئ العامة للقانون

١ - مفهوم المبادئ العامة للقانون :

يتمثل النوع الثاني من مصادر الشرعية ، غير المكتوبة ، في المبادئ العامة للقانون .

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون ، تلك المبادئ التي لاتجد مصدرها في النصوص القانونية المدونة ، وانما هي تلك المبادئ التي يعمل القضاء على استخلاصها واعلانها في احكامه بحيث تعتبر قواعد ملزمة يتعين على الادارة احترامها وعدم الخروج عليها ، بحيث اذا ما عملت الادارة على مخالفة تلك المبادئ كان عملها خروجا على مبدأ الشرعية ، ومن ثم عُدّ تصرفها غير مشروع (١) .

فالمبادئ العامة للقانون بهذا المعنى تجد حدها الطبيعي في روح التشريع العام الذي ينتظم المجتمع مثلا في ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وكل مجتمع يقوم على مبدأ سيادة القانون (مبدأ الشرعية) لابد ان تتوافر

---

(١) انظر في ذلك : د . محسن خليل : القضاء الادارى ورقابته لاعمال الادارة ، سنه ١٩٦٢ . ص١٩ ومابعدها ، د . محمد ميرغني : المرجع السابق ، ص٣٠ ومابعدها ، د . فؤاد العطار : المرجع السابق ، ص٤٧ ومابعدها . د . محمود حافظ : المرجع السابق ، ص٣٨ ومابعدها ، د . محمد كامل ليله : المرجع السابق ، ص٤٥ ومابعدها .

وقد عرفتها الادارية العليا منذ السنه الاولى لانشائها في حكمها الصادر في القضية رقم١٠٨ حيث قالت في ذلك : انها - أى المبادئ العامة للقانون - قواعد غير مدونة مستقرة في ذهن وضمير الجماعة يعمل القاضي على كشفها بتفسير هذا الضمير الجماعي العام ، وتلك القواعد المستقرة في الضمير تمليها العدالة المثلى ، ولاتحتاج الى نص يقررها " مجموعة احكام السنه الاولى - قاعدة رقم ٧٠ ص٦١٣ مشار اليه في د . محمد كامل ليله .

له هذه المبادئ، ولو لم ينص عليها صراحة .

ويرجع الفضل في تقرير المبادئ العامة للقانون الى مجلس الدولة الفرنسي ، بما اصدره من احكام عديدة ضمنها هذه المبادئ . وانه وان كان لم ينص على هذه المبادئ صراحة باعتبارها مصدرا للشرعية في احكامه الاولى ، الا انه يمكن استنتاج ذلك من هذا القضاء ، وقد استمر مجلس الدولة الفرنسي في تقرير هذه المبادئ حتى اعتبرها جزءا متمما لاتنفصل عن مبدأ الشرعية .

٢ - <u>أساس المبادئ العامة للقانون :</u>

اذا كانت المبادئ العامة للقانون تعد - كما اوضحنا - مصدرا للشرعية ، فما هو مصدرها ؟ وما هو الاساس الذى تستند اليه؟

اوضحنا أن القضاء هو الذى يعمل على استنباط واكتشاف وتقرير المبادئ العامة للقانون بحيث تصبح قواعد ملزمة للادارة ، يتعين عليها اتباعها . فمن اين استنبط القضاء هذه المبادئ ؟ .

<u>الرأى الاول</u> : ارادة المشرع والجماعة (١) .

يرى البعض من الفقه ان القضاء لايخلق هذه القواعد ، ويأتي بها من عند ياته ويسبغ عليها قوة الالزام ، اذ ليس من اختصاصه القيام بعمل يدخل في اختصاص المشرع ، ولو حدث ذلك عد هذا المسلك اعتداء صارخا من القضاء على الهيئة التشريعية ، وكان عملا باطلا لايصح ان ينتج آثار قانونية في مواجهة السلطات او الافراد . وعلى ذلك فمهمة القضاء انما هو مجرد اكتشاف قواعد ومبادئ قانونية موجودة وكائنة اصلا ، فهو يعمل على مجرد كشفها واعلان وجودها ، لا على ابتداعها وانشائها ووضعها من تلقاء نفسه ، وانه وان كان لايوجد كيان هذه المبادئ في

---

(١) راجع في هذا الرأى : د . محسن خليل : المرجع السابق ، ص١٩ - ٢٠ ، د . ميرغني خيري ، المرجع السابق ص٣٦ .

النصوص التشريعية ، فان كيانها ووجودها يكمن في ذهن وضمير الجماعة او في ذهن المشرع الذى لم يعمل على تدوينها في نص قانوني مكتوب ، فعن طريق تفسير القضاء للضمير العام للجماعة والروح العامة للتشريع تظهر المبادئ العامة للقانون .

الراى الثاني : القضاء (١)

يذهب هذا الرأى الى ان دور القضاء بخصوص المبادئ العامة للقانون ، لايقف عند حد الكشف عنها وتقريرها ، وانما يصل دور القضاء في هذا المجال الى حد ابتداع وابتكار هذه المبادئ وانشائها وخلقها ، وبناء على ذلك يوصف القانون الادارى بانه قانون قضائي .

ولما كانت ارادة الجماعة او المشرع ترتبط ارتباطا وثيقا بالظروف المحيطة بها ايا كان نوع هذه الظروف ، فان التعبير عن هذه الارادة ما هو الا انعكاس وتصوير للظروف المحيطة بالارادة وقت التعبير عنها ، وعلى القضاء ان يراعى عند بحثه عن المبادئ العامة للقانون هذه الظروف ويدخلها في اعتباره ، حتى يتمكن من الوصول الى التفسير السليم للارادة ، واستنباط المبدأ القانوني الذى يتفق مع ظروف الحال .

ونحن ــ من جانبنا ــ نرى ان الراى الثاني هو الاولى بالاتباع ، اذ الفقه في مجموعه مستقر على قضائية القانون الادارى (اى انه من خلق وابتكار القضاء الادارى (٢) .

---

(١) د . كامل ليله : المرجع السابق ص٤٨ ــ ٤٩ ، د . محمود حافظ ، المرجع السابق ص٥ ، د . محمود حلمي : القضاء الادارى ، ط/٣-١٩٧٧ ، ص١٦٣ .

(٢) وقد ابرزت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنه ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة هذه الخصيصة بقولها " ... لذلك يتميز القضاء الادارى بانه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الاغلب قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ بين الادارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الافراد " .

وانه لولا القضاء ما ظهرت المبادئ العامة للقانون، واحتلت مرتبتها الالزامية بين مصادر الشرعية، ونضيف ان مجلس الدولة الفرنسي والذى ابتكر نظرية المبادئ العامة للقانون، ليس جامدا فى قضائه، بل هو قضاء متطور ومرن، والقضاء الادارى اذ ينتهج هذه السياسة، فهو يحرص — دائما — على حماية حقوق الافراد وحرياتهم دون تجاهل المصلحة العامة فى نفس الوقت.

٣ — مجالات تطبيق المبادئ العامة للقانون :

يقول الفقه ان مجلس الدولة الفرنسي يرجع اليه فضل ابراز المبادئ العامة للقانون، واعتبارها ركنا من اركان الشرعية، وانه قد عمل منذ ١٩٤٠ على تكوين نظرية حقيقية للمبادئ العامة للقانون، اذ توسع فى تقرير مبادئ عدة — فضلا عن مبادئ الحرية والمساواة — مثل تقرير مبدأ سمو القانون وحرية العقيدة، وحرية الارادة (بطلان القرار الذى يصدر تحت ضغط واكراه)، ومبدأ عدم رجعية القرارات الادارية، ومساواة الافراد امام التكاليف العامة والضرائب، ومبدأ حجية الشئ المقضى به الذى يلزم الادارة باحترام الاحكام بعدم جواز منع او ايقاف حكم نهائى وعدم تنفيذه[1].

---

(١) انظر فى ذلك : المراجع العديدة التى اشرنا اليها فى هذا المطلب، على اننا نختلف مع هذا الراى، ذلك انه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية نجد كل مايسمونه بالمبادئ العامة للقانون او المبادئ القانونية العامة. ذلك ان الشريعة الاسلامية منذ اكثر من اربعة عشر قرنا قررت المبادئ العامة للقانون فى مصدريها الرئيسيين فى القرآن والسنة، فمبدأ الحرية يقول القرآن الكريم " لا اكراه فى الدين" الآيه ٢٥٦ من سورة البقرة. ومبدأ المساواه يقول عنه القرآن الكريم فى سورة الحجرات — آيه ١٣ " ياأيها الذين آمنوا ان خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، ان اكرمكم عند الله اتقاكم". ويقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : "لافضل لعربى على عجمى ولا لابيض على اسود ". وعن مبدأ حرية الارادة الذى يقضى ببطلان التصرفات الغير نابعة عن ارادة حرة، يقول فى ذلك الرسول العظيم صلى الله عليه وسلم " لاطلاق لمكره " ويقول — ايضا — " رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ". وعن تقديم الصالح العام عن

وقد ذهب الفقه في محاولة منه لتأصيل هذه المبادئ في معايير محددة الى مذهبين :

يرى المذهب الاول : ان هذه المبادئ العامة للقانون تتجمع حول مبدأي الحرية والمساواة ، وتشمل هذه المبادئ بناء على ذلك ، حرية العقيدة وحرية الارادة وعدم رجعية القرارات ، والمساواة امام المرافق العامة والحرية الاقتصادية ومبدأ المساواة رغم اختلاف الجنس او الدين .

وواضح ان هذه المذهب يعتمد على معيار الغاية (الهدف) كمحدد لهذه المبادئ .

أما المذهب الثاني : فقد ذهب الى رد المبادئ العامة للقانون الى اربعة مبادئ هي : مبدأ المساواة (في كافة صورها) ، ومبدأ الحرية ، ومبدأ استقرار المعاملات القانونية ، واخيرا المقتضيات اللازمة لسير الادارة ، ويبدو ان هذا الراى يتجه صوب تحديد المبادئ العامة للقانون وفق معيار موضوعي (١) .

والمعياران يصلحان _ معا _ لتحديد مجالات تطبيق المبادئ العامة للقانون .

---

* الصالح الخاص، تقول السنة المشرفة عن الرسول صلى الله عليه وسلم " اثنان خير من واحد ، وثلاثة خير من اثنين فعليكم بالجماعة، ويقول القرآن عن مبدأ استقرار المعاملات " وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا " الاسراء _ ١٥ .
انظر : د . محمد ميرغني ، المرجع السابق ص٣٢ ومابعدها .

(١) انظر في ذلك :
د . محسن خليل ، المرجع السابق ص٢٣ _ ٢٤ والمراجع والاحكام العديدة التي اشار اليها .
وقد اضاف بعض الفقه الى هذا التقسيم الرباعي ، تقسيما خامسا يتعلق بمبدأ الشرعية .
راجع في ذلك : د . محمد ميرغني : المرجع السابق ، ص٣٢ .

اذا كان ذلك عن موقف القضاء الفرنسي من المبادئ العامة للقانون ، فهل كان لمجلس الدولة المصرى دورا فى تقرير مبادئ عامة للقانون تكون ملزمة للادارة دون ان تكون هذه المبادئ مدونة فى نص تشريعى مكتوب ؟ .

بالرجوع الى قضاء مجلس الدولة المصرى ، نجده قد توصل الى تقرير الكثير من المبادئ العامة للقانون ، منذ بداية نشأته ، من أهم المبادئ التى قررها القضاء الادارى المصرى ــ مسايرا فى ذلك نظيره الفرنسى ، مبدأ الحرية والحقوق الشخصية وكفالة حقوق الدفاع وتوفير حقوق التقاضى ، وتقرير مبدأ المساواه بين الافراد ، ومساواه المرأه للرجل ، والمساواه امام الاعباء العامة والضرائب ، ومبدأ استقرار المعاملات القانونية وتأمينها ، وعدم رجعية القرارات الادارية ، ومبدأ حجية الشئ المقضى به ، والمقتضيات اللازمة لسير المرافق العامة ، ومبدأ عدم الجمع بين العقوبات .. الخ(١)

وعلى ذلك ، يمكننا القول بانه بتقرير مجلس الدولة المصرى هذه المبادئ يكون قد اثبت المجلس سلطته وولايته فى تقرير هذه المبادئ ، بانه قضاء انشائى وليس مجرد قضاء تطبيقى مهمته تطبيق النصوص المقننة ، وهو مايدعم رأينا فى ان مصدر هذه المبادئ هو القضاء ، وانه لولا القضاء لما ظهرت المبادئ العامة للقانون ،

---

(١) انظر فى تفضيلات ذلك : د . محسن خليل المرجع السابق ، ص٤٢ ومابعدها ، د . فؤاد العطار ، المرجع السابق ص٤٥ ومابعدها والاحكام العديدة التى اشار اليها كل منهما ، ونضيف اليها من الاحكام الحديثه مايلى :
ــ حكم الادارية العليا ، فى القضية رقم ١٣٥٩ لسنه ٢٨ ق فى ١٩٨٤/٢/٢٧ ، المنشور بمجموعه المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة ، السنه ٣٠ ، العدد الاول من (١٩٨٤/١٠/١ حتى اخر فبراير ١٩٨٥) بند رقم ٢٨/ب ص١٤٦ والذى قررت فيه المحكمة " ان القوانين الوضعيه فى مصر خلت من ايه نصوص تشريعية تحكم الحالة القانونية للمرتد عن دين الاسلام ــ وجوب الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية . المسلم الذى يرتد عن دين الاسلام لايقر على ردته ولا يعتد بها " .
ــ الادارية العليا فى القضية رقم ٤٥٤ ، ٤٦٩ لسنه ٢٧ ق فى ١٩٨٣/٤/٢٣ ، (حق التقاضى) ، مجموعة السنه ٢٨ ، ص٦٧٩ .

واحتلت هذه المرتبة الالزامية بين مصادر الشرعية، فاذا كان حقيقه مايقال بان هذه المبادئ ان هى الا قواعد مستقرة فى الضمير العام او ذهن المشرع، فان الفضل يرجع للقضاء فى الكشف عن هذه المبادئ .

ومن ناحية اخرى ، يتضح لنا مدى اتفاق كل من القضاء الادارى المصرى مع نظيره الفرنسى فى مجالات تطبيق المبادئ العامة للقانون، ويمكننا القــول ان القضاء الادارى المصرى قد توصل الى تقرير نظرية عامة للمبادئ العامــة للقانون على غرار ما انتهى اليه القضاء الادارى الفرنسى ، ولكن فى وقت لاحــق عليها ، وهو مايمكن استنتاجه — بوضوح — من مدلول الاحكام العديدة الــتى اصدرها القضاء الادارى المصرى —حتى الان — .

٤ — القوة الالزامية للمبادئ العامة للقانون :

اذ انتهينا —ما سبق — الى اعتبار المبادئ العامة للقانون جزء من مبدأ الشرعية ، بمعنى انها تعتبر قاعدة قانونية ملزمة للادارة، شأنها فى ذلك شأن باقى القواعد القانونية الاخرى — التى يتعين احترامها والعمل بمقتضاها والا عــدت اعمال الادارة المخالفة لها اعمالا غير مشروعة تستوجب البطلان .

اذا كان ذلك كذلك، فان ثمه تساؤل يثور حول مكانه المبادئ العامــة للقانون بين باقى قواعد المشروعية الاخرى؟ بمعنى اخر ماهو مركز المبادئ العامة للقانون بالنسبة للنصوص التشريعية ؟

اننا نرى أن نورد بعض الملاحظات الجوهرية، قبل تبيان مكانة المبادئ العامة للقانون فى مجال التدرج القانونى فى الدولة، وهى :

— انه لايقصد بالمبادئ العامة للقانون المبادئ الدستورية العامة او فــوق الدستورية او قواعد القانون الطبيعى ، التى قد يلجأ اليها القضاء ، وانما يقصــد بالمبادئ العامة للقانون — هنا — المبادئ العامة التى استخلصها القضــاء الادارى، ووضع تفاصيلها وبين حدودها ، والتى استخلصها بالطرق المختلفــه

(سواء التفسير الواسع لنصوص التشريع او اعلانات الحقوق او البحث في نية المشرع، او الحياه الاجتماعية ... الخ) .

— ان المبادئ العامة للقانون لها جانبان شكلي وموضوعي . اما من الجانب الشكلي فهي من صنع القضاء الادارى ، ومن الناحية الموضوعية فهي قواعد عامة مجردة ، وتتسم فوق ذلك بالنسبية والقابلية للتغيير، وعلى ذلك فهي لا يتوافر فيها ما يتوافر في التشريع من الدقه والتحديد والوضوح .

— ان المبادئ العامة للقانون تختلط الى حد ما مع العرف ، وتبدو اكثر تشابها من حيث الركن المعنوى (والعرف)، ولكنها تختلف عن العرف من حيث الركن المادى ، فبينما يتطلب في العرف قدم العادة واضطرادها واستمرارهـا ، لا يتطلب ذلك في المبادئ العامة للقانون ، فمن المبادئ العامة مالم يطبقها مجلس الدولة الفرنسي الا مرة واحدة ، لتصبح بعدها من المبادئ العامة للقانون .

كما تبدو مظاهر الاختلاف بين العرف والمبادئ العامة للقانون — ايضا — من حيث كيفية استخلاص كل منهما ، بينما في العرف تتكون القاعدة العرفية بعيدا عن القاضي ، ثم يطبقها القضاء بعد تكوينها — على نحو ما اوضحنا — ، فانه على العكس من ذلك ، في المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها القاضي بنفسه ثم يطبقها .

— كذلك يختلف المبادئ العامة للقانون = Les Principes genereux = du droit. عن الحلول القضائية La regle jurisprudentielle

اذ بينما الحل القضائي يستخلصه القاضي في قضية معينة ولا يطبقه الا في هذه القضية ، بمعنى ان حرية القاضي في استخلاص الحل القضائي واسعة ، اما في استخلاص المبادئ العامة للقانون فان حرية القاضي اقل اتساعا ، اذ المبدأ يوجد في الحياة الاجتماعية فعلا ، هذا من ناحية . ومن ناحية اخرى لا يعتبر الحل القضائي قاعدة عامة مجردة ملزمة ، على العكس من المبادئ العامة للقانون .

— ان المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها من تقرير القضاء الادارى لها فى احكامه ، وذلك فى جميع الاحوال ، بمعنى انه اذ قرر القضاء الادارى مبدأ قانونيا ، وكان هذا المبدأ منصوصا عليه صراحة فى التقنين المدنى ، فانه لايجوز اعتبار القوة القانونية للمبدأ المذكور مستمدة من النص عليها فى القانون المدنى ، لان هذا القانون لايلزم القاضى الادارى ، وانما يستمد قوته الالزامية من القانون الادارى من تقرير القضاء الادارى له ، واعتناقه اياه فى احكامه (١) .

تلك هى الملاحظات التى اردنا ابرازها ، بقصد المساهمة فى تحديد المبادئ العامة للقانون وخصائصها . فما مدى القوة الالزامية للمبادئ العامة للقانون ؟

الفقه والقضاء الاداريين — فى معظمهما — على تمتع المبادئ العامة للقانون بقوة مساوية للتشريع العادى ، مالم يخالفها المشرع بنص صريح ، ذلك انه اذا خرج المشرع عن هذه المبادئ ، بأن رتب نصا قانونيا مخالف صراحة ماتقضى به هذه المبادئ القانونية العامة ، فهنا يتعين تغليب ارادة المشرع على هذه المبادئ ، والتزام احكام النص المكتوب .

وينبنى على ذلك ، ضرورة احترام الادارة لهذه المبادئ وعدم الخروج عليها شأنها فى ذلك شأن احترامها للتشريع العادى ، اذ ينبغى الا تصدر الادارة تشريعا فرعيا (لائحة) تخالف فى احكامها ماتقضى به المبادئ العامة للقانون ، وكذلك الا تصدر قرارا اداريا فرديا على خلاف ماتجرى عليه هذه المبادئ والا عد تصرفها باطلا ، بمعنى اخر ان علو المبادئ العامة للقانون على القرارات اللائحية

---

(١) راجع : د . محمود حلمى ، القضاء الادارى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٧ ، ص ١٦١ د . محمد ميرغنى : المرجع السابق ص ٣٥ ، د . محمود حافظ : المرجع السابق ص ٤١ — ٤٢ ، د . فؤاد العطار : المرجع السابق ص ٤٧ — ٤٨ .

لهو من الامور المؤكدة (١) .

ولكن هل يجوز مخالفه المبادئ العامة للقانون من جانب المشرع ؟

لاشك في ذلك ، اذ ليس لهذه المبادئ قوة تعلو على القوانين العادية ، فمناط تطبيق المبادئ العامة للقانون هو عدم مخالفتها من جانب المشرع بنص صريح في احكامه ، وعليه يمكن صياغة هذه القاعدة فيما يلى :

" تلتزم الادارة بالمبادئ العامة للقانون مالم تتعارض مع نص تشريعي عادى صريح " (٢) .

والفقه الادارى والقضاء الادارى مستقران على ذلك في فرنسا او في مصر ، واساس ذلك يرجع الى امتناع القضاء الفرنسى من بحث دستورية القوانين ، واحترام القضاء للقوانين العادية حتى لو خالفت النصوص الدستورية ، ولذلك فان القضاء لا يسبغ على المبادئ القانونية العامة قوة تتجاوز قوة التشريعات التى يضعها البرلمان ، وهنا يغلب التشريعات العادية على المبادئ القانونية في حالة التعارض بينهما .

---

(١) Vedel (G), Droit administratif, T.I, 1958, pp.151.;

De Lau Badere, op. cit., p. 205 .,

Jeanneau: Les principes generaux du droit dans la jurisprudence Administratif, 1954, p. 22, 166

ومن الفقه العربى : انظر : د . محسن خليل ، المرجع السابق ص٣٧ ومابعدها د .محمود حلمى ، المرجع السابق ص١٦٥ . د . كامل ليله ، المرجع السابق ص ٥٣ ومابعدها ، د . مصطفى كامل ، مجلس الدولة ، الطبعه الثانية ١٩٥٤ ، ص٢٧٧ ، د . فؤاد مهنا : القانون الادارى العربى ، طبعة ١٩٦٣/ ١٩٦٤ ص ٩٩ـ١٠٠ .

(٢) ولعل ذلك هو مادعا رأيا في الفقه يتجه نحو اعطاء المبادئ العامة للقانون مرتبه ادنى من نصوص القوانين العادية وليست مساوية لها ، وتأسيسا على ان هذه المبادئ يجب ان تكون صدى للقواعد القانونية المكتوبه ومتفقه مع نصوصها وروحها . راجع : د . محمود حافظ . المرجع السابق ص٣٩ـ ٤٠ .

ونحن نؤيد هذا الرأى ، وان اختلف اساس ذلك فى مصر عنه فى فرنسا ، ذلك اننا فى مصر نأخذ بمبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، وانما نؤيد رأينا بحق القضاء فى تكملة النقص وسد القصور فى التشريع مشروط بعدم وجود نص صريح فى التشريع ، فاذا ماوجد نص تشريعى صريح لايكون من حق القاضى ان يقضى على خلافه مهما كان الامر ، فلايجوز للقاضى تقرير مبدأ قانونى يعارض تشريعا قائما ، لان هذا العمل من جانب القاضى يعتبر خروجا منه على حدود اختصاصه .

باختصار — ان تقرير رقابة دستورية القوانين او عدم تقريرها فى نظام قانونى ما — لايؤثر بأى حال من الأحوال على ما للمبادئ العامة للقانون من قوة تعادل قوة التشريعات العادية ولا تعلو عليها ولا تدنو عنها ، فبالنسبة للنظم التى ترفض الرقابة على دستورية القوانين — كفرنسا — فان المسلم به الا تتغلب المبادئ العامة للقانون على القانون ذاته . والامر كذلك فى النظم التى تقر بالرقابة على دستورية القوانين — كمصر — ، فلايكون هناك مجال لتغليب المبادئ العامة للقانون على القانون مادامت هذه المبادئ لم تتقرر فى نصوص الدستور صراحة او ضمنا . وعلة ذلك ان الوسيلة التى تكون لها الاولوية للتعبير عن القواعد القانونية هى التشريع (القانون) والقاضى هنا لا يملك ان يقضى على خلاف نص فى القانون .

على ان رأيا — آخر — قد ذهب الى ضرورة التمييز بين نوعين من المبادئ العامة للقانون . الاولى هى المبادئ المستخلصة من احكام الدساتير ، والثانية المبادئ التى تستمد كيانها من مجموعة القواعد التشريعية .

وبالنسبة للمبادئ التى تستمد من احكام الدستور فانها تعطى قوة وحكم النصوص الدستورية ، ومن ثم لاتملك السلطة التشريعية ان تقيد هذه المبادئ عن طريق قانون .

اما المبادئ التى يمكن استخلاصها من مجموعة القواعد التشريعية ، فلاتعطى

قوة اكبر من التشريع العادى، بل يجب اعتبارها متماثلة من حيث القوة الالزامية للقانون العادى، فلا تعدل الا بنص المشرع [1].

ونحن لايمكننا التسليم بهذا الرأى، ذلك انه لايمكن للمبادئ العامة للقانون ـ وهي من صنع القضاء ـ ان تعلو المبادئ الدستورية المكتوبة فى صلب الدستور والذى هو من صنع الهيئة المؤسسة، على العكس من القضاء الذى هـو هيئة مؤسسة .

نخلص مما تقدم، انه لايمكن ان تعطى للمبادئ العامة للقانون سوى قـوة التشريع العادى ، اى تدنو القواعد الدستورية وتعلو العرف الادارى ، وذلك علـى التفصيل السابق .

---

(١) راجع: د . فؤاد العطار ، المرجع السابق ص ٤٩ ومابعدها ، د . محمد ميرغنى المرجع السابق ص ٣٧ ـ ٣٨ .

المطلب الثالث

مبدأ تدرج القاعدة القانونيه

١ـ القضاء هل يعد من مصادر الشرعية؟ ٢ـ مظاهر الشرعيه

٣ـ المفاضلة بين القواعد القانونية .

١ ـ القضاء . هل يعد مصدرا للشرعية؟

عرضنا لمصادر الشرعية المكتوبة منها وغير المكتوبة، واوضحنا ان هذه المصادر هي في الواقع نفس مصادر القانون الاداري. وتؤدي تلك المصادر الى انشاء القواعد القانونية التي تحكم تصرفات الادارة، اذ يتحتم عليها ان تراعيها في مختلف اعمالها (القانونية والمادية)، وان هذا الالزام يؤدي الى كفالة تحقيق الصالح العام دون تجاهل حقوق الافراد وحرياتهم.

ولكن ما موقف القضاء؟ من مصادر الشرعية؟

اذا كان الفقهاء قد اختلفوا حول الدور الذي يقوم به القاضي في خلق وانشاء القواعد القانونية، فانه ايا كان الخلاف في ذلك، فانه لا مراء في اهمية القضاء كمصدر للقانون الاداري. فاي رأي ينكر الدور الانشائي للقضاء الاداري لاشك انه بعيد جدا عن الحقيقة، اذ كثيرا ما يفوض المشرع القضاء ـ صراحة ـ ايجاد الحلول المناسبة للمنازعات التي لا يجد لها نصا في مصادر القانون الاخرى، وحتى في اكثر النظم تضييقا على القضاء، فان هذا الاخير يبتكر كثيرا من الحلول تحت ستار تفسير النصوص وتأويلها .

فالقضاء الاداري ـ في فرنسا ـ هو الذي شاد معظم نظريات ومبادئ القانون الاداري، وان مجلس الدولة المصري وقد اقر هذه النظريات، الا انه كان له ابتكاراته التي لم يكن فيها مقلدا لمجلس الدولة الفرنسي، كنظرية الغلو التي لم يكن لها مقابل في القضاء الفرنسي حتى عام ١٩٧٨ (١).

---

(١) انظر: د. محمد ميرغني، مرجع سابق ص٤٣، د. محمود حلمي. مرجع سابق ص١٦٧ـ١٦٨، د. بكر القباني، المرجع السابق ص٧٩.

وعلى ذلك ، فان احترام الادارة لحجية الاحكام القضائية ، امر لا يقبل الجدل ، وتعتبر مخالفة الادارة لتلك الحجيه مخالفة للقانون ، كما ان على الادارة ان تلتزم باحترام احكام القضاء ــ بصفة عامة ــ باعتبارها التفسير الصحيح للقانون ، كما تلتزم باحترام ما استقر عليه القضاء من مبادئ باعتبارها من المبادئ العامة للقانون .

اذن القضاء الادارى يعد مصدرا للشرعية الادارية ، لاشك فى ذلك .

٢ ــ مظاهر الشرعية :

يمكننا ان نستنتج مما سبق ان لمبدأ الشرعية مظهران ، احدهما مادى والاخر شكلى .

اما المظهر المادى : فيتعلق بتطبيق القواعد القانونية ، ويوجب ذلك ان تكون جميع تصرفات الادارة مطابقه لمبدأ الشرعية ، اى للقواعد والمبادئ القانونية القائمة وقت تصرف الادارة ، ومرد ذلك هو القوه المعترفه لهذه القواعد القانونية ــ بوصفها قواعد عامة ومجردة اى انها تؤدى عند تطبيقها الى تحقيق العدالة والمساواه وتوفير الطمأنينه للجميع .

ويترتب على مخالفة الادارة تلك القواعد انهيار مبدأ الشرعية ، ومن ثم بطلان تصرف الادارة .

اما المظهر الشكلى : فيتمثل فى مبدأ تدرج القواعد القانونية ، ويتعلق بكيفيه تعديل والغاء هذه القواعد . وهو ما سنعرض له بشئ من التفصيل فيما يلى :

٣ ــ كيفية المفاضلة بين مختلف القواعد القانونية :

لاجدال ان مصادر الشرعية لاتعتبر جميعها فى ذات المرتبة والدرجة من القوة ، ذلك ان مجموعة القواعد القانونية تختلف بعضها عن البعض من ناحية قوتها القانونية . لذلك يجب تغليب القاعدة القانونية الاكثر قوة اذا ما تزاحمت القواعد القانونية عند التطبيق .

وثمة معيارين للمفاضلة بين مصادر الشرعية، هما : المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي :

المعيار الشكلي : يستند هذا المعيار في المفاضلة بين القواعد القانونية الى السلطه التى صدرت عنها القاعدة، والاجراءات التى تتبع في اصدار هذه القاعدة .

وعلى ذلك فان كل قاعدة تصدر عن سلطة اعلى تعتبر اكثر قوه من القاعدة التى تصدر عن سلطة ادنى منها .

وكل قاعدة قانونية تصدر طبقا لاجراءات تفوق في شدتها اجراءات اصدار قاعدة اخرى تعتبر اكثر قوة من القاعدة الاخرى .

المعيار الموضوعي : يستند هذا المعيار في تحديد القوه القانونية للقواعد القانونية الى مادة القاعدة وموضوعها . وتتدرج القواعد القانونية هنا في قوتها تبعا لمدى عمومية وتجريد كل منها . فالقاعدة الاكثر عمومية والاكثر تجريدا تفوق في قوتها ماعداها من القواعد التى تقل عنها في ذلك .

ونحن نرى الافضلية ـ في هذا المجال ـ للمعيار الشكلي لانه اكثر وضوحا وتحديدا .

ومما تجدر الاشارة اليه، ان مبدأ تدرج القواعد القانونية يسرى على المصادر المدونة او غير المدونة لمبدأ الشرعية، اذ يمكن ان تعلو قاعدة غير مدونه ـ كالعرف الدستوري مثلا ـ على قاعدة مدونة ـ تشريعية او لائحية ـ ، ولكن لا يمكن لقاعدة دنيا ان تخالف في احكامها قاعدة تعلوها والا اعتبرت غير مشروعة .

---

(١) انظر د . فؤاد العطار : ، مرجع سابق ، ص١٩ ومابعدها ، د . محسن خليل : المرجع السابق ص ٣٩ ومابعدها ، د . سعد عصفور واخرين ، مرجع سابق ، ص٦٦ ـ ٦٧ .

وماذا لو اتحدت قاعدتان في الدرجة والقوه القانونية ؟

هنا تعتبر القاعدة المدونة ناسخة للقاعدة غير المدونة، وذلك في حالة تعارضهما ـ واوضحنا ذلك في دراسة المبادئ العامة للقانون ـ.

وبناء على ماتقدم، فان تدرج قواعد الشرعية ياتي على احتلال القواعد الدستورية مكان الصدارة (مدونه أو عرفية) ، وتليها القوانين العادية والمبادئ العامة للقانون ثم اللوائح . ويختلف وضع القواعد العرفية وقوتها باختلاف نوعها وتبعا للمجال الذي نشأت فيه، وهل هو المجال الدستوري اومجال التشريع العادي اوالمجال الاداري ، وهنا تأخذ القاعدة العرفيه قوة المجال الذي نشأت فيه .

الفصل الثانى
القيود التى ترد على مبدأ الشرعية

تمهيد وتقسيم :

اوضحنا ان التزام الادارة باتباع حدود مبدأ الشرعية وخضوعها لاحكامه ، يؤدى فى العمل الى حماية حقوق الافراد وحرياتهم العامة ، ويبعد الادارة ويمنعها من سلوك التعسف والاستبداد ، وبذلك تستقيم الصلة وتنضبط العلاقة بين الادارة والافراد ، فيستطيع كل منهما مباشرة نشاطه فى حدود النظام القانونى السائد فى الدولة ، ومن شأن ذلك الوصول الى كفايه وتحقيق الصالح العام مع احترام المصالح الفردية فى نفس الوقت .

ولكن المنطق وظروف العمل الادارى ومناسباته وتغيير الاوضاع فى الدولة بسبب الاحداث التى تطرأ عليها ، وتتطلب منها اتخاذ تصرفات واجراءات لم تكن اسسها مقررة ومنظمة من قبل ، كل ذلك يأبى التطبيق المطلق لمبدأ الشرعية ، حتى لايضار النشاط الادارى ، ويتأثر بالتالى الصالح العام . ولهذا فان مبدأ الشرعية لايصح ان يكون مبدأ جامدا ، وانما يحتاج فى تطبيقه الى قدر من المرونة بالنسبة لبعض اختصاصات الادارة ، والاستجابة والخضوع لمنطق الظروف الاستثنائية وحالات الضرورة وبعض الاعتبارات التى تتعلق بمصالح الدولة العليا .

وعلى ذلك ، فان مبدأ الشرعية ترد عليه قيود تخفف من صلابته وحدته ، وتعتبر بمثابة عوامل موازنه للمبدأ ، لاتتجاهله وانما توسع من نطاق فكرة الشرعية حتى تستجيب لمقتضيات العمل الادارى والظروف التى يتم فيها ، وقد يحدث ان تخرج الادارة فى بعض تصرفاتها خروجا صريحا على المبدأ لاعتبارات عليا تبرر ذلك . وقد تبلورت القيود التى ترد على مبدأ الشرعية فى صور ثلاث اساسية هى :

١ ـ السلطة التقديرية .

٢ ـ الظروف الاستثنائية .

٣ ـ اعمال السيادة .

وغالبية الفقه على انه اذا كانت السلطة التقديرية لاتنال من مبدأ الشرعية فان الظروف الاستثنائية تخول الادارة قدرا محدودا من الخروج على قواعدها ، اما في مجال اعمال السيادة (الحكومة) ، فان الادارة تتحرر كلية من قواعـــده الشرعية ، وتختفي كل ضمانه للحريات الفردية ، وبهذه المثابه تمثل اعمـــال السيادة نقطة سوداء في جبين الشرعية .

ونعرض لكل من القيود الثلاثه ، كل في مبحث مستقل فيما يأتي :

المبحث الاول

السلطة التقديريـة (١)

١ ـ مفهوم السلطة التقديرية   ٢ ـ المعيار المميز للسلطة المقيـدة

٣ ـ مدى الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة .

---

(١) انظر في ذلك : د . سليمان الطماوى ، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) ـ دراسة مقارنة ، الطبعة /٣ سنه ١٩٧٨ ، ص ٢٧٤ ومابعدها ، مؤلفه النظرية العامة للقرارات الادارية ـ دراسة مقارنه ، الطبعة / ٤ عام ١٩٧٦ ، ص ٢٨ ومابعدها ، د . محمد كامل ليله ، الرقابه على أعمـال الادارة ـ الرقابة القضائية ، ص ٦٨ وما بعدها ، د . محمد ميرغني ، رسالـــه بعنوان التعسف في استعمال الحقوق الادارية ـ جامعة عين شمس ، سنـه ١٩٧٠ ـ ص ٢٧٨ ومابعدها ، ومؤلفه القضاء الاداري ومجلس الدولة ، الجزء الاول ـ عام ١٩٨٩ ص ٤٥ ومابعدها ، د . سعد عصفور ود . محسن خليـل ، القضاء الاداري ، ص ٨٨ ومابعدها ، د . محمود حافظ ، القضاء الاداري ـ دراسة مقارنة ، الطبعة / ٣ سنه ١٩٦٦ ص ٤٦ ومابعدها ، د . فؤاد العطار القضاء الاداري ، ص ٦١ ومابعدها ، د . محمد مصطفى حسن ، رسالة بعنـوان

اولا : مفهوم السلطة التقديريه :

تستهدف الادارة ـ دائما المصلحة العامة ، من ممارستها اعمالها وانشطتها المختلفه، وهي في ذلك تخضع من جانب للقانون، وهذا هو مبدأ الشرعية ، ومن جانب اخر يترك لها القانون جزءاً من الحرية لتستقل بتقدير ملاءمة اصدار اعمالها وقراراتها ، وهذه هي السلطة التقديرية .

فسلطة الادارة تكون تقديرية اذا ترك لها القانون ـ الذى يمنحها هذه السلطه ـ الحرية في ان تتدخل او ان تمتنع، ويترك لها الحرية ـ ايضا ـ بالنسبة لزمن وكيفية ومحوى القرار الذى تقرره، ومن ثم تتكون السلطة التقديرية من حرية التقدير الذى يمنحها القانون للادارة لتقرير مايعمل ومايترك .

وعلى ذلك فالسلطة الادارية لاتتمتع بهذه الحرية الا لان القانون قد خولها السلطة في تقدير مناسبة التصرف، فاذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت عن نطاق القانون ، وبالتالى عن نطاق الشرعية .

= السلطة التقديرية، جامعة عين شمس ،ص٤٢ ومابعدها .
وانظر في ذلك : الاستاذ محمد عبدالجواد حسن ، مقال بعنوان "بين سلطة الادارة التقديرية واختصاصها المقيد " مجلة مجلس الدولة السنه/٤ ـ يناير ١٩٥٣ ، ص٢٠٢ ومابعدها ، الاستاذ عادل بطرس ، تعليق على اتجاه مجلس الدولة الى التفرقه بين القرارات المبنية على سلطة مقيدة والقرارات الادارية المبنيه على سلطه تقديريه، مجلة مجلس الدوله السنه/ ٢٥ـ٢٥ ، ص٢٢٠ ومابعدها ، المستشار حمدى ياسين عكاشه ، القرار الادارى في قضاء مجلس الدولة ، الاسكندرية، ١٩٨٧ ص ٦٥٩ ومابعدها ، د . محمد اسماعيل علم الدين ، بحث بعنوان " التزام الادارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي ، مجله العلوم الادارية، السنه ١٣ ـ العدد /٣، ديسمبر١٩٧١ ص ٧ ومابعدها .
ومن الفقه الفرنسي راجع:

Stassinopoulos (M.): Traite des actes administratifs, Athenes 1954, pp. 138 et suiv. et pp. 155 et suiv., Waline (M.): Droit administratif , 9 edi - 1963,pp. 737 et suiv., Bonnard (R.) : precis de droit administratif, 3 ed. 1940, pp. 79 et suiv., Debbasch (ch.): Droit administratif, 2 ed., 1969, pp.376 et suiv.

على ان المشرع قد يجد ـ ايضا ـ لاعتبارات تتعلق بحرية الافـــراد وحمايتهم من تعسف الادارة وعنتها ، ان يضيق على سلطه الادارة التقديرية فيقيد من اختصاصها ، وتلك هى السلطه المحددة (المقيدة)، وتوجد هـــذه السلطه حينما لايترك القانون للادارة ايه حرية فى التقديره بل يفرض عليهـــا بطريق الامر التصرف الذى يجب عليها ان تسير وفقا له، فاذا هى راوغـــت او تنكبت الطريق الذى رسمه الشارع سهل على القضاء ان يتبين خطأها ، وتعـــذر عليها ان تتوارى ماوراء لها من حرية ، من اجل اخفاء اعتداء او تعسف اقترفتـــه . ولعل هذا هو الذى جعل المشرع فى الوقت الحاضر يميل الى التوسيع فـــى الاختصاصات المقيدة والتضيق فى السلطه التقديرية للادارة .

ولكن متى تملك الادارة سلطه تقديرية ؟ ومتى يكون اختصاصها محـــدد (مقيد) ؟ .

الجانب المحدد والجانب التقديرى فى القرار الادارى :

من المسلم به ان السلطة التقديرية للادارة لاتنصب على القرار الادارى فى جميع عناصره، بمعنى ان كل قرار ادارى يشتمل على بعض العناصر التى تنصـــب عليها السلطة التقديرية للادارة ، كما توجد عناصر اخرى تكون سلطة الادارة بصددها محددة (وربما كان العمل الادارى الوحيد الذى يعتبر عملا تقديريا فى جميع عناصره هو طائفه اعمال السيادة) .

وعلى ذلك فان تبيان جوانب التقييد والتقدير فى القرار الادارى، يتطلـــب تناول كل ركن من اركان القرار الادارى على حدة ، وهى الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية (١) .

---

(١) والفقه والقضاء مستقر على تعريف القرار الادارى بانه " افصاح الادارة عـــن ارادتها الملزمه بمالها من سلطه بمقتضى القوانين واللوائح ، بقصد احداث مركـــز قانونى معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا ، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحـــة عامة " .

ونعرض فيما يلي لكل من اركان القرار الادارى ، موضحين جانبى التقييد والتقدير فى كل منها ، على النحو التالى :

١ — الاختصاص لايقتصر القانون الادارى على بيان الاعمال الادارية فحسب ، بل يعين الموظف المختص الذى يناط به مباشرة هذه الاعمال ، وعلى ذلك يكون هذا الركن من القرار الادارى — دائما — محددا بالقانون ، فاذا صدر القرار من موظف غير مختص (ادارة لم يعينها القانون) كان هذا القرار معيبا لعدم الاختصاص

٢ — الشكل : القاعدة ان الادارة حرة فى اصدار القرار الادارى فى الشكل الذى تراه ، ولكن قد يفرض عليها المشرع اتباع شكل معين فى اصدار قراراتها وهنا يتحدد هذا الركن من القرار الادارى ، ومخالفته تستوجب الطعن على القرار بعدم الشرعية لعيب فى الشكل ، فاذا لم يراع الموظف المختص أو اهمل الشكل والاجراءات التى نص عليها القانون ، ادى ذلك الى بطلان القرار ورصل الى انعدامه ، وذلك دون حاجه الى نص .

٣ — المحل : وهو الاثر القانونى الذى ينتجه القرار الادارى فورا ومباشرة وهذا الاثر هو انشاء او تعديل او الغاء مراكز قانونية ، وهذا الركن هو الذى يميز القرار الادارى — باعتباره عملا قانونيا — عن العمل المادى والذى يكون محله دائما نتيجه واقعيه | resultat de fait

وهذا الركن من القرار الادارى يكون عادة تقديريا ، بمعنى ان الادارة اذا واجهت حالة ما يكون لها الخيار ان تتدخل اولاتتدخل (حرية اختيار وقت التدخل) واذا رأت التدخل فيكون لها الخيار فى استعمال احدى الوسائل التى وضعها المشرع تحت تصرفها (حرية اختيار الوسيلة) .

ولكن المشرع قد يحدد هذا الركن من القرار الادارى ، وهنا تظهر مسألة الاختصاص المقيد *la compétence liée* ، وعلى ذلك اذا خالفت الادارة التحديد الذى فرضه المشرع اعتبر عملها معيبا لعدم شرعيته فى محل

القرار الاداري. ويتحقق ذلك في احدى صورتين : (الاولى) ان يكون القرار لذى اصدره رجل الادارة قد حرمه القانون تحريما مطلقا ، ومثال ذلك القرار الصادر بالمصادرة العامة لاموال احد الاشخاص ، فذلك مما يتعارض واحكام الدستور (م/٣٦ من الدستور الحالي) . (والثانية) ان يكون القرار الذى اصدره رجل الادارة لايستطيع اصداره الا في احوال معينه بتحقيق اسباب محددة لم تتوافر لهذا الامر.

Violation de la loi

والمخالفة في صورتيها تكون مايسمى بعيب مخالفة القانون

ولاتظهر المخالفة في صورتيها الا حين يكون اختصاص الادارة مقيدا ، فهي في الصورة الاولى ملزمه بعدم اصدار القرار الاداري الذى اصدرته، وفي الصورة الثانية ملزمة بان تباشره على نحو معين ; agir والا خالفت القانون .

٤ ـ السبب : يعد السبب هو اصل نشاط الادارة، اذ الادارة ملزمة بالا تباشر نشاطها الا عندما تقوم الاسباب الداعية لذلك. ولذلك يعد السبب هو المادة الواقعيه او القانونية التي تدفع رجل الادارة الى اتخاذ القراره وهي حالة خارجية ومستقلة عن رجل الادارة. ويثور الاشكال بشأن هذه الحالة على احد صور ثلاثة هي :

ـ اما انعدام الاسباب انعداما واقعيا : وهذا يستلزم البحث عن صحة الوقائع التي تدخلت الادارة على اساسها ،مثال ذلك ان يفصل موظف بناء على طلبه، ويتضح انه لم يقدم طلبا بذلك ، او ان تتدخل الادارة على اساس سلطة الضبط (البوليس) ويتضح انه لم يكن هناك اى اضطرابات من شأنها الاخلال بالنظام العام.

والمتفق عليه ان هذا الجانب من السبب يدخل في الجانب المحدد للقرار الادارى، ومن ثم يؤدى العيب الذى يصيب القرار من هذه الناحية الى عدم شرعيته .

ـ او انعدام الاسباب انعداما قانونيا : وذلك اذا ثبتت صحة قيام الوقائع اذ ينحصر النزاع في معرفه مدى تكييف الادارة، وهل كان صحيحا من الناحية القانونية، مثال ذلك تكييف الافعال التي صدرت من الموظف هل تكون جريمة تأديبية تسمح بمؤاخذته عليها، او ان الافعال التي اتاها الموظف تنال من حسن السمعه وطيب السيرة. وهذا التكييف القانوني يخضع لرقابه القضاء الاداري (سواء في مصر او في فرنسا)، ويؤدي العيب الذي يصيب القرار من هذه الناحية الى عدم مشروعية القرار. فهذا الجانب من القرار الاداري ـ ايضا ـ محدد.

ـ واخيرا، تبدو الصورة الثالثة في مجال تقدير خطورة الوقائع مع فرض صحتها : في هذه الحالة تقوم الاسباب صحيحه (واقعيه وقانونيه)، فتقدر الجهة الادارية الخطورة المحتمل حصولها من قيام الاسباب وتتخذ حيالها الاجراء المناسب، وفي هذه الحالة تتمتع الادارة بسلطة تقديرية وهي تقدير مناسبة الاجراء لخطورة الوقائع، مثل ذلك طلب الاذن باجتماع عام فاذا ما رات الادارة ان هذا الاجتماع قد ينجم عنه اخلال بالنظام وتهديد للامن رفضت الطلب.

ويبدو من هذا ان الادارة يقوم تقديرها على اساس احتمالات مستقبلة وغير محققه.

٥ ـ الغاية (الغرض) : وهي النتيجه النهائية التي يسعى رجل الادارة الى تحقيقها، وهذا الركن النفساني (الداخلي) من القرار الاداري محدد دائما فبالنسبه للغرض لاتوجد ابدا سلطه تقديرية، فالمصلحة العامة هي القيد العام الذي يجب ان تهدف اليه جميع الاعمال الادارية.

وقد يلاحظ ان المشرع قد يخصص صراحة او ضمنا الغرض الذي منح رجل الادارة الاختصاص من أجله.

وهذه هي قاعدة تخصيص الاهداف، وهنا لايجوز لرجل الادارة ان يسعى الا الى تحقيق هذا الهدف المخصص، ولو كان الهدف الذي قصد ان يسعى

اليه داخلا في نطاق المصلحة العامة، ومخالفة هذا الركن من القرار الاداري، يعيب القرار بعدم المشروعية للانحراف بالسلطة.

<u>اتساع فكرة المصلحة العامة :</u>

بالرجوع الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي يبين انه بدأ يلطف من حدتـــه بالنسبه الى قاعدة تخصيص الاهداف، ولكن يلاحظ انه ليس معنى ذلـك ان نظرية الانحراف بالسلطه detournement de pouvoir قد ضعفت ، اذ انه لايتبع هذه السياسة الا فيما يتعلق <u>بالمصالح المالية</u> ، وهى مصالح راى المجلس فى بعض الاحوال — جريا على مذهبه التى يتصف بالمرونه ومسايرة الظـروف والتوفيق بين المصالح المتعارضه — انها مصالح عامة لاتقل عن الاغراض المخصصة فى الحظره وبالتالى يكون المجلس قد فك رباط القيد المخصص ليستقر فى دائـرة اوسع هى دائرة المصلحة العامة، فخروج الادارة عن قاعدة تخصيص الاهـداف لتحقيق مصلحة الجماعة بزيادة مواردها المالية، لايتعارض مع المصلحة العامة وان عمل على اتساع فكرة الصالح العام.

مما سبق يتضح لنا ان السلطة التقديرية تبتدى فى الاركان المادية للقـرار (السبب والمحل والغاية) ، دون الاركان الشكلية (الاختصاص والشكل) ، ويعنى ذلك ان الادارة لاتملك ابدا سلطة تقديرية من جميع نواحيها — اللهم عدا اعمال السيادة — بل توجد سلطة تقديرية تتسع وتضيق من قرار الى اخره ويبدو مجال السلطة التقديرية للادارة فيما تتمتع به فى تقدير اهمية الحالة القانونية او الواقعية بما تراه محتملا ان يحدث عنها خطر ، وفى حرية الاختيار وقت تدخلها وحرية اختيار الوسيلة التى تواجه بها حالة واقعية او قانونية معينة ، وتخضع القرارات التقديرية — فى كافه اركانها — للرقابة القضائية، ولم تعد للقرارات التقديرية المعفاه مـن كل رقابه اى وجود فى مصر منذ انشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦ .

فكرة الاختصاص المقيد :

لما كان القرار الادارى يعتبر من جانب محددا دائما ، ومن جانب اخر تقديريا عادة ـ على نحو ما اوضحنا ـ فانه قد يرى المشرع لاعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة ان يضيق شيئا فشيئا من سلطة الادارة التقديرية فى اصدار القرارات ، حتى اذا ما اشتد الخناق على هذه السلطة واصبحت معدومة تماما ، بحيث لاتملك الادارة ازاء حالة معينة الا التصرف على نحو معين ، كان اختصاصها فى هذه الحالة مقيدا ، وتلك هى فكرة الاختصاص المقيد (ويسميها البعض السلطة المقيدة) .

وعلى ذلك يتضح ان فكرة السلطة التقديرية تقابلها فكرة اخرى هى فكرة الاختصاص المقيد .

ثانيا : المعيار المميز لسلطه الادارة المقيدة :

كيف يتسنى لرجل الادارة ـ وللقاضى الادارى ـ ان يتعرف ما اذا كان يتمتع بسلطه تقديرية فى مواجهة حالة ما ، ام ان اختصاصه حيالها مقيد ؟ .

ان المسأله تحتاج الى وضع معيار مميز يتخذه رجل الادارة اساسا يهتدى به الى معرفه مدى سلطته فى اصدار قرار ما ، وهل يتمتع ازاء الحالة الواقعيـــة التى قامت بسلطة تقدير المناسبة فيصدر القرار الذى يراه مناسبا ؟ ام انــــه لايملك هذا التقدير ، وما عليه الا ان يصدر القرار المعين له ؟

شغلت هذه المشكله الباحثون منذ زمن طويل ، وتعددت النظريـــات الفقهية فى هذا المجال . على اننا سوف نعرض للمعيار الذى ارتآه مجلس الدولة الفرنسى ـ لانه افضل المعايير فى ـ رأينا ـ .

اتجه مجلس الدولة الى وضع معيار مزدوج لتمييز الاختصاص المقيد ، ويتلخص هذا المعيار فيما يلى :

١ ـ يوجد اختصاص مقيد لجهة الادارة عندما يحدد القانون او اللائحـة

مقدما الاسباب التي من اجلها يباشر رجل الادارة الاختصاص الذى انشأه القانون او اللائحة ، وهنا يراقب مجلس الدولة فى القرار المطعون فيه قيــــام هذه الاسباب المحددة .

٢ ـ وفي الحالات التي تمس تصرفات الادارة بها الحريات العامــة ، يحدد القاضى الادارى بنفسه الاسباب التي لم يحددها القانون ، بالوضـــع الذى كان على جهة الادارة ان يرعاه فى التصرف الذى خوله اياها القانون .

والذى يستنتج من هذا المعيار ان القانون ليس وحده مصدر الاختصـــاص المقيد ، فهناك مصدر اخر هو القضاء ، فبجانب الاختصاص المقيد بالقواعـــد القانونية ، نجد ـــ ايضا ـ اختصاصا مقيدا بالاحكام .

ومن الطبيعى ان يقوم القضاء بجانب التشريع ويصير مصدرا للاختصــاص المقيد ، وقد سبق ان بينا ان القضاء يقف بجانب القانون ليكون مصـــــدرا للشرعية .

والملاحظ ان مجلس الدولة لايتوسع فى هذا الاتجاه الا بالقدر الذى تظهر فيه الحريات العامـة .

خلاصة ماتقدم : ان السلطة المقيدة قضائيا لاتتضمن تحديدا للسلطة التقديرية انما تعنى ان القاضى يشارك المشرع فى بيان الحالات التي تكون فيهـــا الادارة مقيدة الاختصاص وتلك التي تتحكم فيها الادارة بسلطة تقديرية ، وهى حد الحرية هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فان السلطة التقديرية تعد من خصائص القرار الادارى الذى هو نبض الادارة ودليل حياتها ، نلمس أثره فى جميع نواحـــى الحياة الادارية ، والعلاقات الاداريــة وهى ضرورية للادارة ، اذ انه من المستحيل تنظيم الادارة تفصيلا بقواعد القانون ، كما ان القضاء لايمكنه ان يسلب تقديـــر الادارة لقدرتها وامكانياتها فى اختيار الحلول بوسائل قد تعوز القاضى لبعــده عن معترك الحياة الادارية ، والسلطة التقديرية ليست خطيرة فى ذاتها ، ولكــــن

الخطورة تكمن في ممارسة الافراد الذين يمتلكونها .

ثالثا : مدى رقابة القضاء الاداري للسلطة التقديرية :

المسلك العام الذي مازال يلتزمه القضاء الاداري في هذا المجال ، هو عدم التضييق على الادارة مع حماية الحرية الفردية ، لهذا فان مهمة القضاء في كثير من الحالات تكون صعبة ، لان عليه ان يجد حلا مرضيا للتوفيق بين الرغبة في اعمال السلطة العامة والتمكين للحريات الفردية . ومن ثم فان القضاء الاداري لايلغي القرار الاداري لعدم ملاءمته ولكنه قد يفرض على الادارة رقابة في كيفيه ممارستها لاختصاصها التقديري ، وقد يخضع الملاءمة ذاتها للرقابة اذا ما كانت الملاءمة شرطا من شروط المشروعية (كما في حالة الغلو) .

وقد اكدت الادارية العليا ذلك في حكمها الصادر في ٥ مايو ١٩٧٤ (قضية رقم ٧٤٨ لسنه ١٦ ق ، مجموعة السنه ١٩ ، ص ٣٢٨) اذ قالت: "ان الرقابة على تصرفات الادارة العامة ليست على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الادارية ولكنها تختلف بحسب المجال الذي تتصرف فيه ومدى ماتتمتع به من حرية وتقدير في التصرف ، فهي تضيق حقيقه في مجال السلطة التقديرية ، حيث لايلزم القانون الادارة بنص يحد من سلطتها او يقيد من حريتها في وسيله التصرف او التقدير ، الا ان ذلك لايعني ابدا انها سلطه مطلقه ، وان الرقابة القضائية في هذه الحالة تكون منعدمة ، بل ان الرقابة القضائية موجودة دائما على جميع التصرفات الادارية لاتختلف في طبيعتها ، وان تفاوتت في مداها ، وهي تتمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من ان التصرف محل الطعن يستند الى سبب موجود ماديا وصحيح قانونا ، وانه صدر مستهدفا الصالح العام" .

وسوف نعرض لهذا الموضوع - تفصيلا - عند دراسة دعوى الالغاء .

الخلاصة : غالبية الفقه على ان كل عمل اداري انما يحتوي في حقيقه الامر على قدر من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد معا ، بحيث يستحيل القول بوجود عمل

يحتوى على ايهما بصورة مطلقة" فمهما كانت سلطة الادارة التقديرية من الاتساع فهى مقيده دائما باستهداف الصالح العام، ومهما كان اختصاص الادارة المقيدة شديدا فالادارة تتمتع بسلطة تقديرية فى اختيار الوقت المناسب الذى تمارس فيه اختصاصها .

كما انه لايوجد تعارض بين سلطه الادارة التقديرية (ومابها من عنصر الملاءمة) مع مبدأ الشرعية، وذلك فى حالة ما اذا كانت الملاءمة شرطا من شروط المشروعية، وعنصرا لازما يعمل على الكشف عن مدى مشروعية عمل الادارة ويتحقق ذلك عندما يجد القاضى نفسه فى موقف يملى عليه بحث الملاءمة ، ويجد فى هذا البحث ضرورة لازمة لاغنى عنها للكشف عن مدى مشروعية القرار الادارى محل الطعن .

المبحث الثانى
نظرية الظروف الاستثنائية (1)

١ـ مدلول النظرية ٢ـ الاساس القانونى للنظرية ٣ـ شروط انطباق النظرية . ٤ـ التمييز بين الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية ٥ ـ النظرية فى الشريعة الاسلامية .

---

(1) انظر فى تفصيلات ذلك :د . طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، الطبعة/٣ سنه١٩٧٦ ص ١٣٧ ومابعدها ، د . سليمان الطماوى المرجع السابق ص١٠٤ ومابعدها ، د . محمد كامل ليله، المرجع السابق ص ٧٨ ومابعدها ، د . فؤاد العطار المرجع السابق ،ص٦٦ ومابعدها . د . محمد ميرغنى ، القضاء الادارى، ومرجع سابق ص٥٧ ومابعدها ،د . محمود حافظ المرجع السابق ص٤٣ ومابعدها ، د . محسن خليل ،المرجع السابق، ص٦٦ وما بعدها ،د . ابراهيم درويش ،بحث بعنوان " نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة ادارة قضايا الدولة،السنة/١٠ ،العدد /٤ـ ديسمبر١٩٦٦ ،ص٩٧ ومابعدها .

١ - مدلول النظرية :

من المسلم به ان حياة الدولة لا تسير على منوال واحد ، بل هي كحياة الفرد معرضه للاخطار والازمات ، بل اكثر احتمالا للتعرض لمخاطر كثيرة (سواء من الناحية الخارجية او من الناحية الداخلية) ، ولكن هذه الظروف التي تمر بالدولة (كالتهديد بالحرب او الغزو او تهديد سيادتها او قيام فتنه او انقلاب او اضراب عام . . . الخ ليست بالوضع المعتاد في حياتها وانما هي استثناء فيها ، اذ الاصل هو الاستقرار والهدوء ، وان كانا نسبيين في حياة الدولة . والتساؤل هنا : ماهو العمل اذا طرأ ظرف من هذه الظروف (الاستثنائية) على حياة الدولة ؟ هل تسعف الادارة قواعد المشروعية العادية لمجابهة هذا الظرف ؟ وهل يمكن للقدر من الحرية الذى ترك للادارة ان تترخص به في حدود القانون ان يعالج هذا الظرف ؟ .

لاشك ان مبدأ الشرعية ـ على نحو ما اوضحنا ـ انما يطبق في الظروف العادية . ولاشك ان سلطة الادارة التقديرية ـ وهي قدر من الحرية تترخص الادارة بمقتضاه في ان تختار حلا معينا لامر معين من بين عدة حلول (كلها مشروعة) ـ وهي لاتنال من مبدأ الشرعية ، لاشك انها ـ اى السلطة التقديرية ـ لاتسعف الادارة في خصوص معالجتها لهذه الظروف الاستثنائية . بل ان اعمال السيادة ـ على نحو ما سنبينه ـ لايمكنها ان تمتد لتشمل تصرفات الادارة في هذه الظروف الاستثنائية .

ازاء ذلك ، نجد انفسنا امام امرين : اولهما : ان نتمسك بالقواعد العادية للشرعية ، وحينئذ فليحدث لنظام الدولة مايحدث ، وثانيتهما : التخلص نهائيا من مبدأ الشرعية ، وفي هذا رجوع الى الوراء وهدم لكفاح الطويل في سبيل سيادة

---

* ومن الفقه الاسلامي : الشيخ محمد ابوزهره : اصول الفقه ، سنه ١٩٥٨ ، ص ٤٩ ومابعدها .
ومن الفقه الفرنسي ، راجع :

- De Laubadere (A.) : op. cit., p. 2e4.

- Waline : note dans R.D.P. 1955, pp. 709 et suiv

الدولة القانونية، ومن هنا اعملت فكره المشروعية الاستثنائية ، حيث جاءت كحل واقعي ملائم يوفق بين الاتجاهين السابقين ، فأجيز للادارة ان تتحرر من قواعد المشروعية العادية، هذا التحرر اما ان يكون بأداه من المشرع او قد يكون بتقدير من القضاء، حين يطعن امامه في تصرفات الادارة اثناء هذه الظروف ، والادارة في اي الوضعين تخضع لرقابة القضاء الغاء وتعويضا .

ويجري الفقه على تعريف نظرية الظروف الاستثنائية بانها " نظرية قضائية صنعها وكونها قضاء مجلس الدولة، من مقتضاها ان بعض الاجراءات الادارية التي تعتبر غير مشروعة في الاوقات العادية، يمكن اعتبارها اجراءات مشروعة في بعض الظروف ، اذ تكون ضرورية لحماية النظام العام او لاستمرار سير المرافق العامة وهكذا فانه في ظل هذه الظروف الاستثنائية تستبدل بالمشروعية العادية مشروعية استثنائية، تخول السلطة الادارية التمتع باختصاص واسع لم يورده القانون " .

ونحن من جانبنا نعرفها بانها تلك الظروف الفجائية، التي تتطلب من الادارة التدخل السريع لمجابهتها باجراءات ضرورية لاتوصل فيها القوانين القائمة الي تلك الغاية شريطة ان تكون هذه الاجراءات مناسبة وموقته وان تخضع اجراءات وتصرفات الادارة في ذلك لرقابة القضاء الغاء وتعويضا .

وثمة ملاحظة جديرة بالاشارة اليها - في هذا المجال - وهي ان التشريعات المختلفة لم تستعمل عبارة الظروف الاستثنائية، وانما تنص على اتخاذ تدابير معينة في حالة الضرورة" اواذا دعت الضرورة" ، ومثال ذلك ما ينص عليه الدستور الحالي الصادر عام ١٩٧١ في المادة ١٠٨ والتي تجري على انه". لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الاحوال الاستثنائية ... "اما مجلس الدولة الفرنسي فقد استعمل عبارة الظروف الاستثنائية، وان ميز في داخلها بين الظروف الاستثنائية التي تنشأ بسبب الحرب، واطلق عليها " نظرية سلطات الحرب"

وغيرها من الظروف الاخرى واطلق عليها عبارة الظروف الاستثنائية ،اما مجلس الدولة المصرى فقد استخدم عبارتى الضرورة و الظروف الاستثنائية . واما الفقه فمنه من خلط بين الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة ، ومنهم من اطلق على الظروف الاستثنائية اعمال الضرورة ،وغالبية الفقه على تسميتها بنظرية الضرورة ، على اننا نرى ان تسمية النظرية بالظروف الاستثنائية هو الاجدر بالاتباع ، لكونها نظرية عامة تطبق على سائر تصرفات الادارة ، ولا تقف عند حد توسيع سلطات الضبط فقط من ناحية وان كل الظروف الاستثنائية مهما تعددت وتنوعت صورها فانها جميعا - تتحد فى الاثر وان تفاوتت من حيث الكم وفى الصفه لكونها استثنائية وفى المده ، لتأقيتها من ناحية اخرى .

هذا ومن التشريعات التى تنظم الظروف الاستثنائية فى مصر : قانون الطوارئ رقم١٦٢ لسنه ١٩٥٨ ، والقانون رقم٣٧ لسنه١٩٧٢ فى شان تعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حرية المواطنين فى القوانين القائمة ،والقانون رقم٣٣ لسنة ١٩٧٨ فى شان حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى والقانون رقم٩٥ لسنه١٩٨٠ فى شان حماية القيم من العيب ،وقانون التعبئة العامة رقم٥٤ لسنة١٩٦١ ، وقانون الدفاع المدنى رقم٤٨ السنة ١٩٥٩ ، التدابير الخاصة بامن الدولة المنظمة بالقانون ١١٩ لسنه١٩٦٤ .

٢- الاساس القانونى للنظرية :

لما كانت الادارة ملزمة بالعمل على حفظ النظام العام ، وسير المرافق العامة سيرا مضطردا ومنتظما ، وكان من حق الادارة ان تتحرر - موقتا - من قواعد المشروعية العادية من اجل تحقيق تلك الغايات . وان نظرية الظروف الاستثنائية قد اضحت نظرية عامة تمتد لتشمل كافه اتصرفات الادارة ، وليست مقصورة فحسب " على سلطات الضبط (البوليس) ،فانه على ذلك يمكن اعتبارها من نتائج مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، وعلى ذلك فان اساس النظرية يرجع الى فكرة " واجبات السلطة الادارية " . على ان ذلك لم يمنع اختلاف الفقه من الاساس

القانونى للنظرية ، فمنهم من يردها الى فكرة الاستعجال ، ومنهم من يرجعهــــا الى فكرة الاعمال الحكومية ، بينما اتجه فريق ثالث لتأسيس النظرية استنادا الى فكره الضرورة •

على ان المجال لايتسع ـ هنا ـ لمناقشة هذه الاراء وبيان التفصيـــلات ودقائق الامور لهذه المعايير الاربعة ، وسوف نبحثها فى مناسبة قادمة •

٣ ـ شروط انطباق النظرية :

اوضحنا ان نظرية الظروف الاستثنائية ، لاتخول الادارة التمتع بسلطـــات مطلقه ، وانما تخضع تصرفات الادارة فى ذلك لرقابة القضاء الغاء وتعويضا ، وقلنا ان الظروف الاستثنائية ليست هى التى تؤدى بذاتها الى التوسع فى سلطـــات الادارة ، بل لابد ان يحدث مايؤدى ويبرر التصرف الذى تأتيه الادارة ، كما ان على القاضى ان ينظر فى كل ظرف على حده ، حينما يثار امامه ، فيقدر كافة الدوافع والظروف المحيطه ليقرر ما اذا كان يستأهل التدخل بالصورة التى قصدتها الادارة فيقرره مطبقا الشرعية الاستثنائية ام انه غير ذلك فيسحبه الى نطاق الشرعيــة العادية •

وعلى ذلك ، فانه يمكننا ان نورد شروطا ثلاثة لتطبيق هذه النظرية :

اولهما : ان يكون الظرف الاستثنائى قد اوجد حالة شاذه ، لاتسعف الادارة التدخل بقواعد المشروعية العادية لمعالجتها •

وهنا نلاحظ انه لايشترط فى الظرف الاستثنائى ان يكون عاما ، ولا ان يشمل اقليم الدولة بالكامل ، فقد يتحقق ظرف خاص او يشمل منطقة معينة من الاقليـــم ، وهنا يصح تطبيق النظرية •

وثانيهما : يجب ان تكون هناك مصلحة تفرض على الادارة ان تجابه هذا الظـــرف الاستثنائى ، وان تكون هذه المصلحة منبعثه من طبيعة رسالتها (المحافظة علـــى النظام العام) •

وثالثا : يجب ان يكون تصرف الادارة بالقدر الذى يكفى لمعالجة هذا الظرف دون افراط او تفريط ، والقضاء هو الذى يملك الحق فى تقدير ذلك ، بمعنى انه هو الذى يراقب الملاءمة بين رسالة الادارة فى الظروف الاستثنائية وبين تطبيق قواعد المشروعية على اعمالها فى هذه الظروف او تحللها منه وتطبيق قواعد المشروعية الاستثنائية •

وعليه فاذا لم تتوافر هذه الشروط ، يكون العمل الصادر من الادارة موجبا للمسئولية الغاء وتعويضا •

٤ ـ التمييز بين الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية :

لعل الذى يثير الخلط بين نظرية الظروف الاستثنائية وبين نظرية السلطة التقديرية ، هو كون الاعمال الصادرة فى ظلهما تصدر من مصدر واحد هو السلطة الادارية ، فضلا عن أن القدر من الحرية المتروك للادارة فى نطاق السلطة التقديرية يثير الشبه بينه وبين تحلل الادارة من مبدأ الشرعية العادية فى ظل الظروف الاستثنائية •

ولكن ، يمكن التمييز بين النظريتين من ثلاث جوانب :

اولهما : من حيث مخالفه مبدأ الشرعية :

فى نظرية الظروف الاستثنائية ، تحكمها شرعية استثنائية من نفس طبيعتها اما نظرية السلطة التقديرية ، فتحكمها الشرعية العادية ، ولا تعتبر استثناء منها او قيدا عليها ، اذ تعمل السلطه التقديرية فى مجال الشرعية العادية ، لان اساسها القانون ذاته ، فالسلطة التقديرية لاتعدو سوى قدر من الحرية تسمح مصادر الشرعية بتركه للادارة فى نشاطها •

وثانيهما : من حيث الرقابة القضائية :

وانه وان كان تصرف الادارة فى كلا النظريتين مما يخضع للرقابة القضائية ، الا انه فى مجال نظرية الظروف الاستثنائية ، لاتقوم الرقابة على اساس التحقق من

مشروعية القرار من حيث مطابقته للقانون اوعدم مطابقته، وانما على اساس توافر الضوابط والشروط - الثلاثة - في اعمال النظرية، فاذا تبين للقضاء انه لم تكن هناك ظروف استثنائية تدعو الى التدخل، او وجدت هذه الظروف ولكن يمكن للادارة مواجهتها باجراءات عادية او لم يكن رائد الادارة في التدخل، تحقيق المصلحة العامة، يقع التصرف باطلا، اما في السلطة التقديرية، فمناط الرقابة هو التحقق من مشروعية القرار من حيث مطابقته للقانون (بمعناه العام) اوعدم مطابقته، ووقوع العمل باطلا ان لم يطابق الشرعية العادية .

ثالثا : من حيث المجال الزمني :

فحيث تكون نظرية الظروف الاستثنائية نظرية موقته بالظروف التي نشأت من اجلها، فان نظرية السلطة التقديرية دائمة - تترخص بها الادارة في كل الاحوال .

واخيرا ، فقد اوضحنا ان نظرية الظروف الاستثنائية ترتد الى فكرة الواجبات الادارية العامة وحسن سير المرافق العامة، اما اساس نظرية السلطة التقديرية فيرتد الى القانون والقضاء - كما بيناه من قبل .

ونقتبس من احكام الادارية العليا ، كتطبيقات - للنظرية مايلي :

" للحكومة عند قيام حالة استثنائية تمس الامن والطمأنينة سلطة تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير الرجعه الحاسمه ماتواجه به الموقف الخطير، اذ بقدر الخطر الذي يهدد الامن والطمأنينة يقدر ما تطلق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من اجراءات وتدابير لصون الامن والنظام، وليس يتطلب من الادارة في مثل هذه الظروف ما يتطلب منها في الظروف العادية من الحيطه والدقه والحذر ،حتى لايفلت الزمام من يدها " الادارية العليا في ١٩٥٨/٤/١٣ - مجموعة السنه ٢/ ص ٨٨٦ .

والادارية العليا فى ١٩٥٩/٣/١ قررت تطبيقا للنظرية فقالت: " مجموعة السنة/ ٤ ص٥٣٢ : " لئن كان الاصل انه لايجوز للقرار الادارى ان يعطل تنفيذ حكم قضائى ، والا كان مخالفا للقانون الا انه اذا كان يترتب على تنفيذه فورا اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنه او تعطيل سير مرفق عام ، فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردى الخاص ، ولكن بمراعاة ان تقدر الضرورة بقدرها ، وان يعوض صاحب الشأن ، ان كان لذلك وجه " .

وخلاصة ماتقدم هو ان الادارة فى حالة الظروف الاستثنائية تتسع سلطتها بحيث تستطيع التجاوز عما تقرره الشرعية العادية ، واتخاذ التصرفات والاجراءات التى تتمشى مع طبيعة الظروف الجديدة غير العادية . وعلى ذلك فان مبدأ الشرعية يظل قائما بصفة دائمة مستمرة ، سواء فى الظروف العادية او فى الظروف الاستثنائية ، اذ يتسم بالمرونة ، ويتسع نطاقه بما يتلاءم والاوضاع الطارئة التى تواجه الادارة ، وتضطرها الى سلوك سبل غير عادية للتغلب عليها والتخلص من خطرها وانقاذ الصالح العام .

ولعل هذا مادعى البعض من الفقه للقول بان مبدأ الشرعيه له شطرين احدهما يطبق فى الظروف العادية (مبدأ الشرعية العادية) ، والثانى يطبق فى حالة الظروف الاستثنائية (ويطلق عليه مبدأ الشرعية الاستثنائية) .

والنتيجة التى نريد الوصول اليها هى ان نظرية الظروف الاستثنائية لاتؤدى فى تطبيقها الى استبعاد مبدأ الشرعية ، انما تبقى عليه وتعمل ـ فقط ـ على توسيع نطاقه ـ وتخضع الادارة فى ذلك لرقابة القضاء . ولكن ، على اى اساس تبنى مسئولية الادارة فى الظروف الاستثنائية ؟ هل تقوم المسئولية على اساس نظرية الخطأ ، ام على اساس نظرية المخاطر؟ .

ثمه اختلاف بين القضاء المصرى ، والفقه والقضاء الفرنسى ، فبينما يقرر الفقه والقضاء الفرنسى امكان قيام مسئولية الادارة فى هذا الخصوص على اساس

المخاطره حيث تقوم الادارة بتعويض المضرور حتى ولو ثبت انتفاء الاجـــراءات الاستثنائية من كل خطأ ، يقيم القضاء المصرى احكام المسئولية فى ظل الظروف الاستثنائية على اساس الخطأ ، الا اذا وجد نص تشريعى خاص ،وفى ذلـــك تقول الادارية العليا (قضية رقم ٥١٩ لسنه ٢ ق ، مجموعه السنه/٢، ص ٢١٥) :

" ان نصوص القانون المدنى ونصوص قانون مجلس الدوله المصرى قاطعه فـــى الدلالة على انها عالجت المسئولية على اساس قيام الخطأ ، بل حددت نصوص القانون الاخير اوجه الخطأ فى القرار الادارى بان يكون معيبا فى الاختصاص او وجود عيب فى الشكل او مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ فى تطبيقها وتأويلهـا او اساءة استعمال السلطة . فلا يمكن ـ والحالة هذه ـ ترتيب المسئولية على اساس تبعه المخاطر كأصل عام ،بل يلزم لذلك نص تشريعى خاص" .

على انه يلاحظ ان القضاء الادارى مستقر على ان معيار الخطأ المولد للمسئولية فى ظل الظروف العادية يختلف عنه فى ظل الظروف الاستثنائية ، اذ يستلزم القضاء القضاء الادارى فى الحالة الثانية ان يكون الخطأ جسيما ، اى يتشدد القضاء فى درجة وجسامه الخطأ فى الظروف الاستثنائية عنه فى الظروف العادية . (الادارية العليا فى القضية ١٥١٧ السنه/٢، مجموعه السنه/٢ ص ٨٨٦) .

واخيرا تجدر الاشارة الى ان للسلطة الادارية المشرفه على الامن اتخاذ تدابير موقته لصيانه الامن والنظام العام فى حالة الضرورة ، ولو كان فى اتخاذها مساس بحقوق الافراد او حرياتهم . ويثبت لها هذا الحق ولو لم تكن احكام الطـــوارئ (العرفيه) معلنة [1] .

---

(١) الادارية العليا ، طعن رقم ٦٧ لسنه ٢ ق فى ١٩٦١/٥/١٣ ، منشـور مجموعه السنه/٢ ، ص ١٠٢٠ .

٥ ـ النظرية في الشريعة الاسلامية :

ان دراستنا للظروف الاستثنائية في القانون الوضعي ، قادتنا الى القول بان هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي ، وان قد شادها على اساس قاعدتين مشهورتين هما قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " وقاعدة " الضرورة تقدر بقدرها " . ونحن نتساءل ، اليست هاتين القاعدتين من القواعد الاصولية في الشريعه الاسلاميه ؟

وانه من هاتين القاعدتين تفرعت نظرية الظروف الاستثنائية في وضعها الحالي ؟ .

وبكل الانصاف نقرر ان الشريعة الاسلامية هي اول من قررت هذه النظرية ، منذ اربعه عشر قرنا ، ودليل ذلك :

أ ـ القرآن الكريم : يقول القرآن الكريم بعد ان بين المحظورات " الا ما اضطررتم اليه " ، ويقول " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه " .

ب ـ السنه : قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولا ضرار في الاسلام" وقوله : " لاتقطع الايدي في السفر " .

جـ ـ ومن ذلك ايضا ، وقف عمر النص الشرعي الذي يقطع يد السارق في عام المجاعه اعمالا لمبدأ تغيير الاحكام .

واذا كانت تستلزم نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعه الاسلامية جواز توسع سلطات التنفيذ في الدولة لمجابهة حالة الحرب او الفتن او الازمات فانه مما تجدر الاشارة اليه ان فقهاء الحنفية قد استندوا في تقرير النظرية الى مبدأ الاستحسان ، اما المالكيه فقد استندوا في تعليلها الى المصالح المرسلة ، واستند الجمهور الى الكتاب والسنه وسابقات عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

باختصار : ان الشريعه الاسلامية هي مصدر نظرية الظروف الاستثنائية ، فتلك النظرية من تقريرها ، وهي التي قدرتها ، وان الشريعة الاسلامية

حين قررتها لم تطلقها بل قيدتها ، اذ جاء بالمجلة العدليه " ان الشيء الذى هو فى الاصل محظور وانما ابيح من اجل الضرورة على ما سبق ، انما يباح على قدر تدفع به " . وانه اذا كانت تطبيقات النظرية قليله فى الشريعة ، فان هذا لا يقلل من فضل سبق الشريعه فى تقريرها لهذه النظرية ، والتى شادتها على اساس فكرة الضرورة ، والقضاء يراقب قيودها وحدودها ، ويرد تصرفات الادارة الى هذه القيود وتلك الحدود بالقدر الذى يستأهله علاج الظرف ، بل ويعوض الافراد عما يصيبهم من اضرار بسببها .

المبحث الثالث
اعمال السيـــاده (١)

١- مشكلة اعمال السياده ٠ ٢- التعريف باعمال السيادة
٣- تبرير نظرية اعمال السيادة ٤- معيار اعمال السيـــادة
٥- نظرية اعمال السياده في مصر ٦- التمييز بين اعمال السيادة والظـروف الاستثنائية ٠

---

(١) انظر في التفاصيل :
رسالة الدكتور عبدالفتاح ساير داير : اعمال السيادة في القانون المصـرى والفرنسي ، جامعة القاهرة ١٩٥٢ ، د ٠ مصطفى كامل ، المرجع السابق ص ١٩٠ ومابعدها ، د ٠ محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٧٩ ومـا بعدها ، الدكتور العميد سليمان الطماوى : النظرية العامة للقـــرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ ومابعدها ، د ٠ رمزى الشاعر ، مسئولية الادارة عن اعمالها غير التعاقدية ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ ومابعدهـا ، د ٠ محمود حافظ : القضاء الادارى ، المرجع السابق ، ص ٥٠ ومابعدهـا د ٠ محمد ميرغني ، مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص ٦٢ ومابعدها ، دكتور محمد كامل ليلة ، الرقابة على اعمال الادارة ، مرجع سابق ، ص ٦١ ومابعدها د ٠ مصطفى ابوزيد فهمى ، القضاء الادارى ، طبعه ١٩٥٩ ، ص ١٢٦ ، د ٠ ماجد الحلو ، القضاء الادارى ، طبعة ١٩٨٧ ص ٢٧٠ ومابعدهـــا بحث المستشار محمد عبدالسلام ، عن اعمال السيادة في التشريع المصـرى ، مجلة مجلس الدولة ، السنة ٢ /١٩٥١ ، منشور في مجلة مجلس الدولة المصرى في ثلاثين عاما (١٩٥٠-١٩٨٠) ، القاهرة ١٩٩٢ ، ص ١٥٤ ومابعدهـا د ٠ ابراهيم درويش في المقال السابق ، ص ١١٢ ومابعدها ، الاستاذ محمد صالح العادلي ، مدلول ومبررات وضمانات نظرية الضرورة وضوابط خضـــوع الادارة العامة للقانون ، مقال منشور بمجلة المحاماه ، العددان ٥ ، ٦ - السنه / ٦٥ ، مايو / يونيو ١٩٨٥ ، ص ٦ ١٠ ومابعدها ٠

Waline : op. ait. pp. 357 et suiv- Bonnard: op. ait, pp. 228 et suiv., Stassinopouls: op. cit., 28 et suiv., Debbasch: op. ait., pp. 378 et suiv .

١ — مشكلة اعمال السيادة :

اذا كانت السلطة التقديرية تبيح للادارة حرية العمل فى حدود الشرعية ، وكانت الظروف الاستثنائية تتيح للادارة حق تحوير قواعد الشرعية ، بما يتناسب وما تفرضه هذه الظروف — اى الخروج على قواعد الشرعية بقدر محدود — وذلك مع خضوع كل منهما لرقابة القضاء ، فان اعمال السيادة تطرح جانبا قواعد الشرعية وتخرج عنها كلية مما يستتبع عدم خضوع هذه الاعمال لاية رقابة قضائية ، وبهذه المثابة تمثل — وبحق — اعمال السيادة نقطة سوداء فى جبين المشروعية ، لذلك انبرى الفقه مهاجما اياها .

وعلى ذلك يمكن تلخيص مشكلة اعمال السيادة (ويسميها البعض الاعمال الحكومية) ، فى ان بعض اعمال صادرة عن السلطة التنفيذية يمتنع القاضى عن نظر المنازعات او الطعون المباشرة وغير المباشرة التى تثور بشأنها ، سواء نص المشرع او لم ينص على عدم اختصاصه بنظرها ، فهى نظرية من خلق القضاء وليست نظرية تشريعية ، وبما انه يترتب عليها حرمان الافراد من اهم ضمانة لحماية حقوقهم وحرياتهم ، لذلك كان تعريف هذه الاعمال وتحديد معيارها ومبررها القانونى واحكامها القانونية ، مسائل من الاهمية بمكان واجبة الايضاح .

٢ — التعريف باعمال السيادة :

اعمال السيادة هى طائفة من اعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها او مظاهرها ، سواء فى ذلك رقابة الالغاء ورقابة التعويض او وقف التنفيذ او فحص الشرعية .

واعمال السيادة على هذا النحو تمثل خروجا على مبدأ الشرعية ، وتجاهلا لاحكامه ، ومن هنا تبدو خطورة اعمال السيادة ، اذ تعتبر سلاحا بتارا فى يد الحكومة يهدد حقوق الافراد وحرياتهم ، ولايجد الافراد وسيلة للدفاع يدفعون بها خطر هذا السلاح ، لان القضاء ممنوع من التعرض لها باى صورة كانت .

لذلك فقد هاجم الفقه فكره اعمال السيادة منذ ظهورها ، وان لم يكن الهجوم بدرجة واحدة ، اذ انقسم الفقه الى اتجاهات متباينه : اذ بينما اتجه البعض الى انكار وجودها ، ووجوب خضوع جميع اعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء ، تأسيسا على النظام الديمقراطى الذى يهدف الى حماية الحقوق والحريات الفردية ، اتجه بعض آخر الى التلطيف من حدة النظرية ، منادين فى ذلك بحل وسط بامكان التعويض عن اعمال السيادة دون امكان الطعن عليها بالالغاء .

الا انه رغم ذلك ، فان نظرية اعمال السيادة لها الوجود الفعلى الذى لايمكن انكاره سواء فى فرنسا او فى مصر .

٢ ـ تبرير نظرية اعمال السيادة :

لم يتفق الفقهاء على مبرر معين للنظرية ، ولهذا تعددت المبررات ، تبعا لاختلاف وجهات النظر الفقهية ، ويمكن ايجاز ذلك فيما يلى :

أ ـ ذهب العميد " هوريو " الى القول بان النظرية تقوم على اساس اتفاق ضمنى تم بين السلطة التنفيذية والسلطه القضائية ، ومضمون هذا الاتفاق قبول السلطة التنفيذية التنازل عن امتيازاتها وخضوع اعمالها للرقابة القضائية ، على ان تحتفظ بجزء من هذه الاعمال ، بحيث تكون مطلقه الحرية بالنسبة لهذا الجزء ، فلا تخضع اعمالها المتعلقه به لرقابة القضاء ايا كانت صورة الرقابة . وقد ارتضى القضاء هذا الوضع مقابل بسط رقابته على اعمال السلطة التنفيذية ، اى يرى هذا الاتجاه فى تبرير نظرية اعمال السيادة ، انها تمثل مظهرا من مظاهر السياسة القضائية الحكيمة لمجلس الدولة ، اذ اتخذ مجلس الدولة الفرنسى من النظرية ـ التى ابتدعها ـ وسيله للحفاظ على كيانه ، وضمانا امن يكفل حمايته مما كان معرضا له ومهددا به من جانب السلطة التنفيذية .

ب ـ بينما ذهب اتجاه اخر الى تبرير النظرية ، باعتبارات سياسية ، وقد

عبر عن ذلك العلامه " لافيرير " ، فذهب الى القول بان السلطه التنفيذية تتولى فى الواقع وظيفتين اساسيتين هما الحكم والادارة ، وبناء على ذلك فان الاعمال التى تأيتها السلطه التنفيذية بمقتضى وظيفتها الحكومية يغلب عليها الطابع السياسى ومن ثم تخرج عن رقابة القضاء وتخضع لرقابه البرلمان ، اما الاعمال التى تقوم بها السلطه التنفيذية بناء على وظيفتها الادارية فانها تخضع للرقابة القضائية ، ويقترب من هذا المعنى العلامة " دوجى " ، ويسميها الاعمال السياسية .

جـ ـ ولجأ بعض الفقهاء ـ على اثر الهجوم على المعيار السياسى ، وعدول القضاء عنه ـ الى تبرير النظرية بالاستناد الى اساس من القانون ، وقد وجد البعض ذلك الاساس فى المادة ٢٦ من قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ المنظم لمجلس الدولة .

د ـ كما ذهب راى رابع الى تبرير نظرية اعمال السيادة استنادا الى معيار العمل المختلط ، فيقولون ان عمل السيادة هو عمل مختلط acte mixte فهو ليس صادرا من السلطة التنفيذية وحدها ، وانما هو صادر منها فى علاقاتها بالسلطات الاخرى التى لا تخضع للقضاء (وهى اعمال السلطة التشريعية واعمال الدول الاجنبية) .

هـ ـ كما حاول البعض تبرير نظرية اعمال السيادة بالاستناد الى الاعتبارات القانونية والعملية ، فقرر انصار هذا الاتجاه ان القانون وسيله لا غايه فى ذاته فهو وسيله للمحافظة على سلامة الدولة وصيانه كيانها ، وان سلامه الدولة فوق القانون ، ومن ثم وجب الاعتراف للحكام بالخروج على القانون ، كلما اقتضت الظروف ذلك تحقيقا لتلك الغاية العليا .

تقدير الاراء السابقه :

باستقراء الاراء السابقة فى تبرير نظرية اعمال السيادة ، يتضح لنا انها

لم تفلح في هذا التبرير، فكل من هذه النظريات محل نظر، ويشوب كل منها القصور، والخلط بينها وبين غيرها من النظريات.

ونحن نتفق مع الرأى الذى يقول بأن النظرية غير قابلة للتبرير من الناحية القانونية، اذ من العسير العثور على سند قانوني للنظرية، لانها تتضمن خروجا صريحا واعتداء صارخا على القانون بل تجاهلا تاما له، وفي الواقع فان هذه النظرية تعتبر صدى للصراع الابدى بين السياسة والقانون، ولا يتصور ان تكون مبرراتها سوى اسباب سياسية واعتبارات عملية، وذلك لا يحول دون اعتبار نظرية أعمال السيادة وصمة في جبين المشروعية وثغرة خطيرة في البناء القانوني، واستثناء حقيقيا من مبدأ الشرعية (١).

٤ — معيار اعمال السيادة :

ونقصد بذلك معيار التفرقة بين اعمال السيادة واعمال الادارة، او بمعنى أخر كيف يمكن التعرف على اعمال السيادة التى تخرج عن ولاية القضاء؟

لقد قيل في تحديد اعمال السيادة ورسم الخط الفاصل بينها وبين الاعمال الادارية الخاضعة للرقابة القضائية بعض المعايير، نعرض لها بشيء من الايجاز على النحو التالي :

أ — معيار الباعث السياسي :

وقد بدأ مجلس الدولة بهذا المعيار حينما اخذ بالنظرية لاول مرة، ومضمونه ان العمل يعتبر من اعمال السيادة اذا كان الباعث عليه سياسيا، فان لم يكن كذلك اعتبر عملا اداريا يخضع لرقابة القضاء. وعلى ذلك فانه يجب البحث عن الباعث الذى دفع السلطة التنفيذية الى التصرف، فاذا اتضح انه سياسى ادرج العمل في طائفة اعمال السيادة، ومن ثم تمتع بالحصانة القضائية المقررة لهذه الاعمال.

---

(١) راجع: د. محمود حافظ، القضاء الادارى — دراسة مقارنة — الطبعة ٣/ عام ١٩٦٦، ص ٥٦.

وقد استغلت هذه النظرية في الشئون الداخلية والشئون الخارجية علـــى السواء ، ففي الشئون الداخلية اذا تمسكت الحكومة بان الباعث لها في الحجر على حرية الافراد او الجماعة او مصادرة حق من الحقوق او عزل موظف ... انما يرمي الى هدف سياسي ضد الدولة ، وجب اعتبار هذا التصرف خارجا عـــن ولاية القضاء عموما .

اما في الشئون الخارجية ، فقد استغلت نظرية اعمال السيادة ، فكانت كل تصرفات الدولة وعمالها في تلك الشئون تكسب الحصانة ، فلايجوز التعرض لهـــا لا من بعيد ولا من قريب ، على اعتبار انها تصرفات سياسية مصدرها سياسيون او دبلوماسية تصرف فيها دبلوماسيون .

ولكن سرعان ما ادرك مجلس الدولة الفرنسي خطورة هذا المسلك ، فعدل عنه واتبع معيارا جديدا وسايرته محكمة التنازع ، وايدها الفقه في هذا العدول .

ب ـ معيار طبيعة العمل (المعيار الموضوعي) :

ويراد بهذا المعيار الرجوع الى بحث طبيعة العمل في ذاته او موضوعه ، دون الالتفات الى الباعث عليه هو المعتبر في تحديد نوع العمل وهل هو من اعمال السيادة ، ام من غيرها .

وقد قسم اصحاب هذه النظرية اعمال السلطة التنفيذية الى نوعين :

ـ نوع يصدر بقرارات حكومية ، وهي التي تتعلق بتصرفات تهم الامـــن والصحة وصيانة كيان الدولة من الثورات وغيرها في الداخل ، او تتصل بالعلاقـــات السياسية والدبلوماسية في الخارج ، كالاعمال المتعلقة بشئون الحرب واعمال الهجوم والدفاع ، وقد تعارفوا على تسمية التصرفات الداخلية بالتصرفات الحكومية ، وتسمية التصرفات الخارجية باعمال السيادة .

ـ والنوع الاخر من تصرفات السلطة التنفيذية يصدر بقرارات ادارية ، وهي كل ما يتعلق بتصرفات الحكومة اليومية في ادارة المصالح العامة .

وقد هوجمت هذه النظرية ـ ايضا ـ لانها لم توضح مقياس التمييز بين الاعمال الحكومية والقرارات الادارية فى التصرفات السابقه، ومن شان غموضها مايعرض الحقوق والحريات للخطر

جـ ـ الحصر العددى (استقراء احكام القضاء او القائمة القضائية) :

ترتب على عدم سلامة المعيارين السابقين ءان اتجه الفقه الى الاحكام القضائية لاستقرائها والكشف عن اعمال السيادة واستخلاصها من ثناياها •

وبالرجوع الى احكام القضاء (خاصة احكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع) استطاع الفقهاء ان يستخرجوا منها قائمة باعمال السيادة التى قررها القضاء واطلقوا عليها اسم " القائمة القضائية " •

وابرز الاعمال التى تتضمنها قائمة اعمال السيادة المستخلصه من احكام القضاء هى :

- الاعمال المنظمة لعلاقه السلطة التنفيذية بالبرلمان •
- الاعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والنشاط الدبلوماسى •
- القرارات المتعلقة بصيانة كيان الدولة وامنها داخليا وخارجيا •
- قرارات العفو•
- قرارات اعلان الاحكام العرفيه (حالة الطوارئ) دون التدابير التى تتخذ على مقتضاها •
- التدابير التى تتخذ ضد الاجانب وقت الحرب•
- اعمال الحرب التى تقع خارج اراضى الدولة •
- قرارات ضم ارض جديدة وقرارات فرض الحماية •

د ـ النظرية السلبية :

وهى تقول بان ولاية القضاء تتسع لكل نزاع يتعلق بالحقوق والحريات وعلاقات الحاكم بالمحكوم، وعلاقات الافراد والجماعات فيمابينها ،ولا تتقيد ولاية

القضاء الا بالقدر الذى يقضى به نص صريح فى الدستور او فى احد القوانين •

وهذه النظرية وان تشابهت مع نظرية الحصر العددى ، الا انها تختلف عن الاخيرة فى ان مرد حصر الاعمال التى تخرج من ولاية القضاء لا يرجع الى قضاء المحاكم ، ولكنه يرتد ذلك الى واقع الدستور والتشريعات المعمول بها •

هـ ـ نظرية ترك التقدير:

اعترض بعض الفقهاء على كل ما تقدم من نظريات تمييز اعمال السيادة عن الاعمال الادارية ، وقالوا انه قد تعرض فعلا للحكومة ظروف وطوارئ تضطرها الى اتخاذ اجراءات للمصلحة العامة ، تخالف كثيرا النصوص التشريعية والتنظيمية ، وتضحى مكرهة بالحقوق والحريات ، وكل ذلك بغير قصد الجور او الاستهتار بالحقوق ، وانما لمصلحة الدولة ولمصلحة المجتمع ، وان فى القوانين الحديثه ونظريات العدل والانصاف التى سارت عليها المحاكم ما فيه الكفايه لتعويض الضحايا •

ويرى هؤلاء الفقهاء انه من الخير ترك تقدير هذا النوع من اعمال السيادة للمحاكم ، ان شاءت امتنعت عن التعرض لها بالالغاء او التأويل او الايقاف ، وان شاءت تعرضت وفقا لما تتبينه من ظروف الدعوى •

تقدير هذه المعايير:

والواقع ان ايا من هذه المعايير لم يسلم من النقد اما لمنافاته للديمقراطية ، لما يمثله من خطر على الحرية والحقوق الفردية ، كما فى معيار الباعث السياسى ، او لكون المعيار يشوبه الغموض ولا يخلو من التحكم ، كما فى معيار طبيعة العمل ، او انه معيار لا يعد وترديدا لمعيار اخر ، كما فى معيار ترك التقدير للقضاء ، اذ لا يخرج كثيرا عما قيل به فى معيار القائمة القضائية ، ولا ادل على ذلك من تشديد الفقه لحملته على النظرية ككل ، باعتبارها ثغرة فى بناء المشروعية ، وبقيه من بقايا عهود الدوله غير القانونية ، ولقد كان لمحاولات النقد فى محاربة هذه النظرية صداه

في موقف القضاء الفرنسي ، سواء من حيث التضييق من دائرة اعمال السيادة ، او الحد من الاثار الخطيرة للنظرية ، وذلك بقصر هذه الاثار على الحصانة ضد الالغاء وفحص الشرعية دون التعويض ، استنادا الى نظرية المخاطر ، واعمالا لمبدأ مساواة الافراد امام الاعباء العامة ، وانتهاء باتجاه طائفة من الفقهاء نحو القضاء بصفة نهائية على هذه النظرية .

على انه رغم ما اصاب النظرية من هدم وضعف ، مازالت قائمة ، ومازال القضاء يطبقها ، ويستعمل صراحة اصطلاح اعمال السيادة في احكامه الحديثة سواء في فرنسا او في مصر . ولما كان الامر كذلك — ومع اقتناعنا بان المحاولات الفقهية الحديثة سوف تؤدي حتما الى انكماش النظرية بطريقة تدريجية — لما كان ذلك وكانت النظرية لاتزال قائمة ، فاننا نرى ان تحديدها طبقا لمعيار القائمة القضائية هو خير وسيلة في هذا الشأن ، ذلك ان القضاء اذ يسبغ على عمل صفة اعمال السيادة ويجري عليه حكم هذه الصفة ، انما يراعي اعتبارات خاصة تحيط بالعمل وتبرر تحصينه ضد الرقابة القضائية ، وبذلك يستطيع تحديد اعمال السيادة على اساس متغير تبعا لتغير الاوضاع ، وتتاح له الفرصة لحصر هذه الاعمال في حدود ضيقة ، ولعل عدم الاتفاق على قائمة واحدة من جميع الفقهاء مايبرر ذلك .

٥— نظرية اعمال السيادة في مصر : موقف المشرع :

اخذ المشرع المصري بنظرية اعمال السيادة ، اذ سجلها في بداية الامر في م/١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة عند تعديلها عام ١٩٠٠ ، وكذلك في م/١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية عند تعديلها عام ١٩٣٧ ، وهي لاتختلف في صياغتها عن المادة ١١/ . كذلك نص المشرع على اعمال السيادة في م/١٨ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٩ ، وفي المادة ١٥/ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنه ١٩٥٩ (المعدل بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣) الذي حل محل القانون السابق وفي المادة ١٧/ من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية .

كما ان المشرع نص على اعمال السيادة وحصانتها في قانون انشاء مجلس الدولة والقوانين الصادرة باعادة تنظيمه (م/٦ من القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦، م/٧ من قانون ٩ لسنة ١٩٤٩، م/١٢ من قانون ١٦٥ السنة ١٩٥٥، م/١٢ من قانون ٥٥ لسنه ١٩٥٩، والمادة /١١ من قانون مجلس الدوله الحالى رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ .

على ان ثمه ملاحظات جديره بالاشارة اليها في هذا المقام وهي :

- الاتجاه نحو تحديد اعمال السياده :

وانه واذا كانت جميع النصوص السابقه متفقه من حيث المبدأ الـذى يقضي بتقرير فكرة اعمال السيادة وتحصينها ضد الرقابة القضائية، فانها تختلف من حيث صياغتها ، ذلك ان المشرع انتهج سلوكا معينا بخصوص اعمال السيادة فى قانونى سنه ١٩٤٦ وسنه ١٩٤٩، فعدد بعضا من صور اعمال السيادة (كالقرارات المتعلقة بالاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان ، والتدابير الخاصة بالامن الداخلى والخارجى للدولة، والقرارات المتعلقه بالعلاقات السياسية او المسائل الخاصة بالاعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة باعمال السيادة)، ولكن المشرع انتهج مسلكا اخر عند تعديل قانون مجلس الدولـة واصدار القانون رقم ١٦٥ لسنه ١٩٥٥ (وهو نفس ما سار عليه المشرع حتى الان فى القانون ٤٧ لسنه ١٩٧٢)، وهذا المسلك ينطوى على اغفال ذكر امثله لاعمال السيادة ، والاقتصار على اعلان مبدأ حصانه هذه الاعمال ، فنص على انه " لاتختص محاكم مجلس الدولة بالنظر فى الطلبات المتعلقة باعمال السياده" .

ويعتبر هذا المسلك الاخير مسلكا حكيما من جانب المشرع، لانه لايقيد سلطه القاضى ،ويتيح له بذلك فرصة اكبر للحد من نطاق اعمال السيادة ،والتضييق من دائرتها ،مجاراة للتطور القضائى والفقهى فى هذا المجال .

القضاء يحكم بعدم الاختصاص:

ـ والملاحظة الثانية، تتعلق ايضا بصياغة النصوص التشريعية، فبينما جرى المشرع فى القانونين (١١٢ لسنه ١٩٤٦، ٩ لسنه ١٩٤٩) على استعمال اصطلاح عدم قبول الطلبات المتعلقة باعمال السيادة، حرص فى القوانين التالية على استعمال اصطلاح عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر تلك الطلبات ونحن نعتقد ان ما انتهى اليه المشرع المصرى هو الصحيح من وجهة الاصطلاحات القانونية، لان المشكله بالنسبة لاعمال السيادة لا يتصور ان تكون متعلقه بقبول او عدم قبول الدعوى، اذ ان مشكلة القبول انما تثور بصدد شروط خارجة عن موضوع الدعوى وسابقه على الفصل فى محل النزاع، اما بالنسبه لاعمال السيادة وهى طائفه من القرارات التى تصدر عن السلطة التنفيذية، فالمشكلة التى تثور هى مشكلة الاختصاص او عدم الاختصاص بنظر الطعون والدعاوى او الدفوع التى يكون محورها مثل هذه القرارات، والسوال هو هل تدخل هذه القضايا فى ولايه القضاء ام تخرج منها؟ . فاذا ارتأى القضاء خروجها من ولايته وجب ان يكون حكمه حكما بعدم الاختصاص لا بعدم القبول .

دستورية اعمال السيادة:

ـ اتجه البعض من الفقه الى عدم دستورية أعمال السيادة استنادا الى نص الدستور، والذى جاء بالمادة ٦٨ منه على أن "... ويحظر النص فى القوانين على تحصين اى عمل او قرار ادارى من رقابة القضاء". ويقول الفقه انه بمقتضى هذا النص فان جميع التشريعات التى تنص على تحصين بعض الاعمال الادارية وابعادها عن رقابة القضاء تغدو غير دستوريه، وهذا ما اتجه اليه القضاء فعلا، فى حكم المحكمة العليا الصادر فى ١٩٧١/١١/٦ فى القضية رقم ٢ لسنه اق، والذى قضت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٣١ لسنه ١٩٦٣ والذى قضى باعتبار قرارات رئيس الجمهورية الصادرة باحالة الموظفين العموميين الى

المعاش او الاستيداع او فصلهم بغير الطريق التأديبي من اعمال السيادة • بل اكثر من ذلك اتجه البعض الى اهدار النصوص الواردة بقانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة والتي تجرى على عدم اختصاص المحاكم بطريقة مباشرة او غير مباشرة بنظر الطلبات المتعلقة باعمال السيادة، باعتبارها غير دستورية • والواقع ان هذه هي نظرة الفقه في مجموعه لاعمال السيادة منذ نشأتها الى اليوم •

نظرية اعمال السيادة في مصر — موقف القضاء :

اتجاه القضاء نحو الاخذ بمعيار طبيعة العمل :

— اتجهت معظم احكام مجلس الدولة المصرى بل والمحكمة الدستورية العليا [1] الى الاخذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين اعمال السيادة والاعمال الادارية • فقد جرى قضاء كل من محكمة القضاء الادارى والاداريه العليا على ان اعمال السيادة هي تلك الاعمال او الاجراءات العليا التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارة • بل واتجهت المحكمة العليا الى هذا المعيار لتمييز اعمال السيادة عما عداها من اعمال السلطه التنفيذية، ففي حكم المحكمة العليا في ١٩٧١/١١/٦ (سابق الاشارة اليه) جاء به : " ومن حيث ان العبرة في تحديد التكييف القانوني لاى عمل تجريه السلطه التنفيذية لمعرفة ما اذا كان من اعمال السيادة او عملا اداريا هي بطبيعة العمل ذاته، فلا تتقيد المحكمة وهي بصدد اعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذى يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة واعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوى على اهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور " [2] •

---

(١) حكم الدستورية العليا في القضية رقم ٤ لسنه ١٢ " تنازع "، في ١٩٩٠/١٠/٩ ، مج • المحكمة • الجزء / ٤، ص ٥٢٤، اذ ذهبت الى ان العبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من اعمال السيادة وما لا يعتبر منها هو لطبيعة العمل ذاته، لا بالأوصاف التي قد تخلع عليه، متى كانت طبيعته تتنافى مع هذا الوصف • وعليه قضت المحكمه باعتبار قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنه ١٩٩٠ بشان دعوة هيئة الناخبين الى الاستفتاء على حل مجلس الشعب عملا من اعمال السيادة، ويخرج بذلك من نطاق اية رقابة قضائية، حتى ولو كانت رقابة الدستورية •

(٢) هذا لم يمنع اتجاه بعض الاحكام من الاخذ بفكرة الباعث السياسي، ولكنها احكام قليله جدا • راجع في ذلك : د • محسن خليل • المرجع السابق ص ٩٣ — ٩٤ •

الاتجاه نحو التضييق من نطاق اعمال السيادة :

الملاحظ ان كل من مجلس الدولة المصرى (ونظيره الفرنسى) ، يتجهان نحو التضييق من نطاق اعمال السيادة ، ومثال ذلك اتجاه مجلس الدولة المصرى على التضييق من اعتبار التدابير الخاصة بالامن الداخلى من اعمال السيادة ، ذلك ان هذه التدابير انما هى تدابير بوليسيه من اعمال البوليس الادارى ، وهى اعمال تخرج كقاعدة عامة عن نطاق اعمال السيادة .

وهذا ولاشك مسلك حميد ، وهو الاداة الفعلية والوسيلة الحقيقيه التى يمكن ان تلعب الدور الرئيسى الفعال فى حياة النظرية ، فعلى القضاء ان يقف بهذه النظرية عند الحدود الضرورية لها ، بالا يعمل على تقريرها الا بالقدر الذى تستلزمه ظروف واحوال تطبيقها . كما أن هذا المسلك الطيب يعمل على تحقيق مبدأ الشرعية دون الحد من سلطة الادارة بشكل مطلق فى مثل هذه الظروف والاحوال .

حدود الرقابة القضائية على اعمال السيادة :

القضاء الادارى المصرى مستقر على عدم التعرض لاعمال السيادة الغاء وتعويضا ، فيجرى القضاء المصرى — بصفه عامة — على رفض التعرض لمناقشة اعمال السيادة سواء من حيث مخالفتها للقانون (بمعناه الواسع) او من حيث المسئولية عما يصيب الافراد من اضرار نتيجة اعمال السيادة .

على ان تطور قد لحق بمسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المجال اذ ذهبت بعض الاحكام الى تقرير الحق فى التعويض عن الاضرار الناتجه من اعمال السيادة ، فاتجه مجلس الدولة الى تقرير مسئولية الدولة عن المعاهدات الدولية على اساس المخاطره قياسا على مسئولية الدولة عن القوانين .

والواقع انه لايمكن التسليم — فى مصر — بمنع التعويض عن الضرر الذى يرتبه عمل السيادة ، ولا مبرر لهذا المنع ، ويمكن اقامة المسئولية — فى هذه الحالة —

على اساس نظرية المخاطر ـ كما فعل القضاء الفرنسى ، لان فى التعويض مايخفف وطأه هذه الاعمال الشاذة التى تمثل خطورة بالغة على الحريات الفردية . وبلاشك فيه انه بالنص على تقرير التعويض عن هذه الاعمال ما يحقق من الاهداف وهو ضمان قدر من الحماية لحقوق الافراد ، وفى نفس الوقت يكفل للحكومة القدرة على العمل والحركة طبقا لمقتضيات الظروف .

ـ وسنعود لتفصيل ذلك عند دراسة قضاء التعويض .

٦ـ **التمييز بين اعمال السيادة والظروف الاستثنائية :**

ـ **اوجه التشابه بين النظريتين :**

ـ ان اساس كل منهما هو مجلس الدولة الفرنسى (كليهما من خلق مجلس الدولة الفرنسى) .

ـ ان مصدر العمل فى النظريتين واحد وهو السلطة التنفيذيه .

ـ النظريتان رغم اختلاف كل منهما عن الاخرى ، يؤديان الى نتيجة واحدة هى اعفاء السلطة الادارية من الالتزام بمبدأ الشرعية .

ـ **اوجه الاختلاف بين النظريتين :**

ـ من حيث مخالفة مبدأ الشرعية : لاتخالف نظرية الظروف الاستثنائية مبدأ الشرعية الا من الناحية الشكلية ، اذ تظل خاضعة لرقابة القضاء وان كان يطبق عليها شرعية من نفس الظروف (شرعية استثنائية) اما اعمال السيادة فهى تخالف الشرعية من الناحيتين الشكلية والموضوعية .

ـ من حيث رقابة القضاء : تخضع الاعمال الصادرة عن الادارة فى الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء والغاء وتعويضا ، والعكس فى اعمال السيادة

ـ من حيث المجال الزمنى : من خصائص الظروف الاستثنائية التأقيت ، اذ انها نظرية موقته اما نظرية اعمال السيادة فنظرية دائمة ولاعلاقة لها بظروف معينة او بوقت معين .

- من حيث الطبيعة : نظرية اعمال السيادة نظرية سياسية ، اما نظرية الظروف الاستثنائية فنظرية قانونية .
- من حيث ضمانات الافراد : بالنسبة لاعمال السيادة لاتوجد ضمانات للافراد ، اما في الظروف الاستثنائية فهي تخضع لرقابة القضاء ، وفي هذا حماية لحريات الافراد .
- من حيث الاساس: اساس نظرية الظروف الاستثنائية هو مبدأ الواجبات الادارية العامة وحسن سير المرافق العامة ، فالنظرية تعمل في مجال مبدأ الشرعية ، اي اساس نظرية اعمال السيادة فهو محل خلاف ولم يستقر الفقه والقضاء على معيار موحد لها .

الخلاصة :

يتضح مما تقدم ان نظرية اعمال السيادة تؤدي الى استبعاد طائفة من اعمال السلطة التنفيذية من الخضوع لرقابة القضاء ، فلايملك القضاء حيالها شيئا ، اذ لايستطيع الحكم بالغائها ، او التعويض عنها بصفة عامة .

والنظرية بهذا الشكل تشكل تهديدا خطيرا للافراد في حقوقهم وحرياتهم ، وتعتبر خروجا صارخا على مبدأ الشرعية واستثناء حقيقيا من احكامه ، وذلك بعكس الوضع بالنسبة لنظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الاستثنائية .

وبعد .. تلك هي القيود التي ترد على مبدأ الشرعية ، بعضها يغير من مضمونه ولكنه لايلغيه (السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية) ، وبعضها يشل عمل المبدأ تماما ويتجاهل وجوده (وهذه هي اعمال السيادة) .

الفصل الثالث
جزاء مخالفة مبدأ الشرعية

تمهيد وتقسيم:

يترتب على مخالفة الادارة لمبدأ الشرعية وخروجها على احكامه بطلان تصرفها، سواء اكان هذا التصرف عملا قانونيا او عملا ماديا، الا ان هذا الجزاء يجب ان يتم بواسطة سلطة عامة يكون لها اختصاص تقرير بطلان تصرف الادارة غير المشروع.

ولكن ما هي وسيلة الفرد في الدفاع عن حقه الذى مسه التصرف الادارى ؟

مما لاشك فيه ان الفرد لايستطيع ان يقتضى حقه بنفسه، ويدرأ مباشرة الاعتداء الواقع عليه، كما انه لايستطيع -كذلك- ان يقاوم اوامر السلطة العامة، وانما يجب عليه الخضوع لها، ويمكنه بعد ذلك ان يتظلم منها ويطعن فيها بقصد التخلص منها ومن اثارها. ولكن ما الحل اذن؟. من هنا كان لزاما من وجود جهة (جهات) ينظمها القانون ويعهد اليها بأمر الدفاع عن حماية مبدأ الشرعية، ومنع الادارة من مخالفته، ولايكفى وجود الجهة -فحسب- بل يلزم ان تكون لدى الجهة (الجهات) الوسيلة الموصلة الى تقرير بطلان التصرف المخالف لمبدأ الشرعية والغائه، وتقرير التعويض المناسب فى مقابل الضرر الذى يكون قد احدثه.

من هنا جاءت فكرة ضرورة اقامة رقابة على اعمال الادارة بقصد حماية مبدأ الشرعية عند تطبيقه، وفى ذلك حمايه -بالتبعية- لحقوق الافراد وحرياتهم، بل والحرص على سلامة العمل الادارى حتى يكون دائما سبيلا سويا لتحقيق المصلحة.

على انه اذا كانت الرقابه من حيث فكرتها امرا واجبا، فانها من حيث تطبيقها فى العمل لاتتخذ صورة واحدة، وانما تتعدد صورها حسب التنظيم القانونى والسياسى فى الدولة، وقد تتركز الرقابة فى جهة واحدة يحددها القانون، وقد تتعدد الجهات التى يكون من حقها قانونا ممارسة سلطه الرقابه على اعمال الادارة.

والملاحظ عند استعراض الاوضاع المقررة فى الانظمة القانونية المختلفة، ان رقابة مشروعية اعمال الادارة، تتمثل فى صور ثلاث، تختلف باختلاف الجهة

(السلطة) ، التي يناط بها امر الرقابة ، كما انها تختلف من حيث قوتها ومداها وقيمتها . وصور الرقابة تلك هي :

الرقابة السياسيه والرقابه الادارية والرقابة القضائية .

ونوضح الصور المختلفة للرقابة على اعمال الادارة ، في مباحث أربعه : نعرض لكل صورة من صور الرقابة في مبحث مستقل ، ثم نخصص مبحثا للمقارنه بين الرقابتين الادارية والقضائية . وذلك فيما يلي :

المبحث الاول

الرقابة السياسية

١ـ رقابة الراى العام ٢ـ رقابة البرلمان ٣ـ تقديرنا لهذه الرقابة

١ـ رقابة الراى العام :

تعد رقابة الراى العام احدى صورتي الرقابة السياسية على اعمال الادارة ، ويقصد بهذه الرقابة تلك التي يباشرها الناخبين لممثليهم عند اختيارهم لهم في المجالس النيابية ، وتلك التي تباشرها الهيئات والنقابات والجمعيات فيما تستهدفه من رعايه مصالح اعضائها المشتركه ، وايضا الرقابه التي تزاولها الصحافة عن طريق انارة السبيل للسلطات العامة عن اتجاهات الراى العام ، وارشادها الى الاراء التي قد تحتاج اليها في امر من الامور العامة ، كما تراقب اعمالها عن طريق النقد .

٢ ـ الرقابة البرلمانية :

يقصد بالرقابه البرلمانية ، تلك التي يباشرها البرلمان (السلطة التشريعية) على اعمال الادارة ، وتختلف قوة هذه الرقابه تبعا للنظام السياسى السائد في الدولة فنراها قوية واضحه في النظام البرلماني ، على عكس الوضع في النظام الرئاسى ، وعلة هذا الاختلاف ترجع الى ان النظام البرلماني يقوم على اساس مسئولية الوزراء مسئولية تضامنية ، ومسئولية كل وزير مسئولية فردية في نطاق وزارته التي يشرف عليها ، وتكون

المسائلة فى صورتيها (التضامنيه اوالفردية) امام السلطة التشريعية (البرلمان) ،
وتبدو مظاهر هذه الرقابة فى عدة صوراهمها : توجيه الاسئله الى الوزراء
واستجوابهم ، ومناقشتهم فى احد الموضوعات او اجراء تحقيق فى مسألة معينة
بواسطة لجان برلمانية ، كما يزاول البرلمان هذه الرقابة بوسائل غيرمباشرة ،
وذلك عن طريق العرائض التى تقدم من الافراد والهيئات الى لجنة الشكاوى
والاقتراحات ، فتقوم هذه اللجنة بفحصها بعد استيضاح الوزارات المختصة ، ووضع
تقرير يعرض على المجلس للمناقشة .

بهذه الوسائل يستطيع البرلمان ان يراقب اعمال السلطة التنفيذية (اعمال
الادارة) ويحاسب القائمين عليها ،ويعمل على وضع الامور فى نصابها ، ولاشك فى
ان هذه الرقابة تساهم فى حماية مبدأ الشرعيه فى تطبيقه العملى ، وتنصف
الافراد ومن عسف الادارة وانحرافها فى كثيرمن الحالات ، وتعمل الادارة
حسابا لهذه الرقابه ، فتحرص على سلامة تصرفها حتى لاتقع تحت طائلتها ،وحتى
لاتترك مجالا للبرلمان يندد بتصرفاتها ويدمغها بالانحراف ويؤاخذها على ذلك
وقد تكون المؤاخذه عنيفة عندما تصل الى حد سحب الثقة من الوزارة كهيئة
متضامنه ، فينتهى الامربها الى الاستقاله نتيجه لهذا الامرالبرلمانى .

٢ ـ تقديرنا لهذه الرقابة :

حقيقة هذه الرقابة تساهم فى حماية مبدأ الشرعية . ولكن هل تفى تماما
بحمايته؟ .

نحن لانشك فى ان هذه الرقابة لاتوتى ثمارها كاملة الا فى البلاد التى
يكون الشعب فيها قد بلغ من النضج والادراك والثقافة مدى يؤهله لتعهد شئونه
العامة . كما ان هذه الرقابة لاتستهدف فى رقابة موظفى الدولة بقدرما تستهدف
السياسة العامة للدولة وطرق تنفيذها ، ذلك ان هذه الرقابه رقابة سياسية
لاقضائية ، فاقصى مايمكن ان تصل اليه هذه الرقابه من مدى هو ، اما ان تؤدى

الى احجام الناخبين عن اختيار المرشحين او اعادة اختيارهم لاسباب تتصل باشخاصهم واعمالهم، او ان تؤدى الى مؤاخذة الوزارة واسقاطها فى النظام البرلمانى ، لكن هذه الرقابه لايمكن ان تصل الى درجة الغاء او ايقاف تصرف السلطه التنفيذية بطريق مباشره ذلك انه لايمكن للبرلمان ان يقرر بنفسه توقيع جزاء مباشر على الادارة نتيجة تصرفها غير المشروع .

اذن هذه الرقابة لاتفى تماما بحماية مبدأ الشرعية، وبالتالى فهى قاصرة عن تحقيق سيادة المبدأ، وحماية الافراد من تعسف الادارة بشكل فعال .

المبحث الثانى

الرقابـــة الاداريـــة

١ـ الرقابة التلقائية ٢ـ الرقابة بناء على تظلم ٣ـ اسناد الرقابة الى لجنة ادارية ٤ـ خصائص الرقابة الادارية ٥ـ تقديرنا لهذه الرقابـــة

١ـ الرقابة التلقائية :

وهى تلك التى تجريها الادارة من تلقاء نفسها ، وهى بصدد بحث ومراجعة اعمالها والتفتيش عليها . فرجل الادارة الذى يقوم بالتصرف قد يراجع نفسه فيه ، فقد يكتشف خطأ فى تصرفه فيقدم بنفسه على الغائه اوتعديله او استبداله بتصرف اخر يراه سليما . وقد يقوم بهذه المهمة الرئيس الادارى وهو يراقب اعمال مرؤسيه ويفتش عليها بناء على سلطته الرئاسية المقررة له فى مواجهة الموظفين الذين يعملون فى نطاق ادارته وتحت امرته .

هذه الرقابه اذن يمارسها الموظف الذى قام بالتصرف وهو يراجع نفسه بخصوص اعماله، وقد يباشرها الرئيس الادارى وهو بصدد مراجعة اعمال مرؤسيه للتأكد من سلامتها ، من حيث اتفاقها مع حكم القانون وملاءمتها للظروف التى يعمل فيها المرفق العام الذى يهيمن على ادارته ذلك الرئيس .

٢ ـ الرقابة بناء على تظلم :

في هذه الرقابة ، تتولى الادارة مراجعة اعمالها وتصرفاتها بناء على تظلم يتقدم به كل ذى مصلحة الى جهة الادارة ، وللمتظلم ان يقدم تظلمه رأسا الى من صدر منه التصرف او العمل المشكو منه • بان يطلب منه اعادة النظر فيما قام به من اعمال وتصرفات بسحبها او الغائها او تعديلها ، على ان يبين له اوجه الخطأ والاسباب التي يستند اليها في ذلك ، ويسمى هذا التظلم بالتظلم الولائى • Recours gracieux

كما قد يقدم التظلم ـ من صاحب الشأن ـ الى رئيس من صدر منه التصرف او العمل ، وفي هذه الحالة يتولى الرئيس الادارى سحب التصرف الذى قام به مرؤسه او الغاءه او تعديله ، وذلك بناء على سلطته الرئاسية المقرره له ، ويسمى هذا التظلم بالتظلم الرئاسى Recours Hierarchique

ويلاحظ في هذا المجال انه يتعين على الرئيس ان يفصل في التظلمات التي تقدم اليه ضد اعمال مرؤسيه ، والا اعتبر تجاوزا اختصاصه ، والاصل ان يسرى اختصاص الرئيس على كافه اعمال المرؤسين الا ما استثنى بنص خاص في القوانين واللوائح • مثال ذلك : ان يصدر قرار في موضوع نص القانون او اللائحه على ان يختص المرؤس وحده باصداره ، ففي هذه الحالة لا يجوز للرئيس ان يسحب هذا القرار او يعدله وانما له ان يأمر المرؤس ان يسحبه او يعدله ، وفي كلا الحالتين ، تكون النتيجه واحده •

٣ ـ الرقابه عن طريق لجنه :

مقتضى هذا النوع من الرقابة ، ان يعهد القانون الى لجنة مشكله خصيصا لهذا الغرض ، برقابه اعمال الادارة ويراقبه ما يقوم به عمالها من اعمال اثناء تأدية وظائفهم • وهذه اللجان اما ان تفصل بنفسها فيما يقدم اليها من تظلمات دون الرجوع الى الرئيس الادارى الاعلى المختص ، واما يستلزم اخطار الرئيس

الادارى الاعلى المختص الذى يكون له الكلمة النهائية فى الغاء او تعديل العمل او التصرف المخالف للقانون ، ومرد ذلك هو القانون المنظم لهذه اللجان .

ويلاحظ انه بجانب هذه اللجان توجد هيئات مستقلة تختص كل منها برقابه نوع معين من اوجه النشاط الادارى الذى تباشره السلطة التنفيذية ، ومن هذه الهيئات :

الجهاز المركزى للتنظيم والادارة : ويتولى رقابه نشاط الادارة المتصل بشئون التوظف ، فيتحقق من مدى مطابقه هذا النشاط او عدم مطابقته لقوانين التوظف واللوائح والتعليمات والمنشورات الصادرة تنفيذا او تفسيرا لها .

الجهاز المركزى للمحاسبات: ويتولى الرقابة المالية على ايرادات الدولة ونفقاتها ، فيتحقق من مدى اتباع الوزارات والمصالح والهيئات احكام القوانين واللوائح الصادرة تنفيذا للنظام المالى للدولة .

هيئة الرقابة الادارية: وتهدف الى رقابه نشاط الادارة ، والكشف عن المخالفات المالية والادارية والتحرى عنها ، والتحقيق فيها توطئه لمساءله مقترفيها .

٤ — خصائص هذه الرقابة :

— تبين لنا ان مجال الرقابة الادارية (بصورها المختلفة) يشتمل على بحث الادارة لمشروعية اعمالها وكذا بحث ملائمة تصرفاتها ، بحيث اذا رأت الادارة انها قامت بعمل غير مشروع او غير ملائم ، فانه يجوز لها ان تقوم بالغاء هذا التصرف او سحبه او تعديله .

— ورغم ما للرقابة الادارية من مزايا — فى رقابة المشروعية والملائمة — ، الا انها لاتخضع لاجراءات او مواعيد معينة ، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك ، او ترتب على القرار المتظلم منه حق للغير ، وهنا يجب التمييز بين ثلاث حالات: اولها : اذا لم يوجد نص يلزم المتظلم بميعاد معين او اذا لم يكن قد ترتب على القرار المتظلم منه حق للغير . هنا يجوز لكل ذى شان ان يتقدم

بتظلمه دون اتباع شكلية معينة او ميعاد معين ، كما تختص الادارة باعادة النظر فى القرار المتظلم منه ايا كانت المدة التى انقضت على اصداره ، ويسرى ذلك ـ ايضا ـ فى حالة مراجعة الادارة نفسها للقرار دون تظلم يقدم اليها فى شأنه .

وثانيهما : اذا وجد نص يقضى باتباع شكل معين او التزام ميعاد معين فى التظلم ، هنا يجب الالتزام بالنص ، وتقديم التظلم فى الشكل الذى حدده القانون ، والميعاد الذى اورده النص . مثال ذلك : حالات التظلم الوجوبى من القرارات الغير مشروعه فى دعوى الالغاء ـ على ما سنرى تفصيلا بعد قليل ـ .

وثالثهما : اذا ترتب على القرار المتظلم منه حق للغير ، ففى هذه الحالة لايجوز للادارة ان تعيد النظر فى هذا القرار بسحبه اوبالغائه اوتعديله الا فى الحدود المرسومة قانونا ، وذلك فى الميعاد المحدد لذلك (وهو ستون يوما) كما انه مما تجدر الاشارة اليه ـ هنا ـ هو انه لايترتب على تقديم التظلم الادارى او رفضه (ايا كان صورته) حرمان صاحب الشأن من حقه فى الطعن القضائى على التصرف او العمل الغير مشروع ، بشرط ان يقدم الطعن القضائى فى المواعيد وبالاجراءات المقررة قانونا .

٥ ـ تقديرنا للرقابة الادارية :

ان هذا النوع من الرقابة وان تميز عن سابقه (الرقابه السياسية) فى انه يحقق للافراد بعض المزايا عن طريق التظلم والذى لايخضع لاجراءات او مواعيد معينة (عدا حالة التظلم الوجوبى) ، فضلا عن مدى الرقابة الواسع ، اذ تشمل المشروعية والملاءمة معا ، الا انه ـ ورغم ذلك ـ لايفى تماما بضمان حقوق الافراد لماذا ؟ .

ـ لان هذه الرقابه انما تمارسها الادارة ذاتها على نفسها ، الامر الذى يجعل من هذه السلطة خصما وحكما فى نفس الوقت ، وهو مايتنافى وتوفير الحيدة والعدالة اللازمة للافراد .

- كذلك يلاحظ انه يتعذر على الموظف الادارى، ولو اعطاه القانون سلطة فحص قانونية القرارات الادارية، الا يتأثر بالظروف السياسية ونحوهـا عند اجراء هذا الفحص، ومن ثم تكون رقابته غير كافيه لحماية حقوق الافراد .

- كما ان الرقابة الادارية ليست فى درجة واحدة من القوه فى كـل حالاتها، وانما يختلف مداها تبعا لاختلاف اسلوب التنظيم الادارى السائد فى الدولة، اذ تكون الرقابه قوية محكمة متسعة المدى فى ظل النظام المركزى، لكنها تضعف ويضيق نطاقها بالنسبة للنظام اللامركزى، وعلة هذا الاختلاف ترجـع الى خضوع موظفى الجهاز الادارى المركزى لقاعدة "السلطة الرئاسية" وهـى سلطة قوية بعيدة المدى، بصورة لانراها فى النظام اللامركزى .

من ذلك نخلص الى أن :

الرقابة القانونية من حيث الموضوع والادارية من حيث السلطة التى تباشرهـا ليست فى قوة الرقابة التى تكون قانونية من حيث الموضوع، وقضائية من حيث العضو الذى ينهض بها .

المبحث الثالث

الرقابــة القضائيـــــة

١ـ مدلولها ٢ـ شروطها ٣ ـ صورها ٤ـ نطاقهـــا

٥ـ الفوارق بينها وبين الرقابة الادارية ٦ـ تقديرنا لهذه الرقابـــة

١ ـ مدلولها : يقصد بالرقابة القضائية تلك التى يباشرها القضاء (السلطـــــة القضائية) ممثلا فى محاكمة على اختلاف انواعها ودرجاتها . وتعد هذه الرقابـــة اكمل واقوى انواع الرقابة، لان من يباشرها انما تتمثل فيه الحيدة التامة والاستقلال عن اطراف النزاع، والدراية القانونية، الامر الذى يعمل على صيانة حقوق الافراد وحرياتهم من تعسف الادارة، اذا ماحادت عن مبدأ الشرعية، ويعمل بالتالـــى على اجبار الادارة على احترام القواعد القانونـــية والسير وفق مايقضى به القانون، ويتحقق ذلك عن طريق الغاء القرارات الادارية او التعويض عنها او كليهما معا، اذا مسراحد قرارات الادارة حقا للفرد او نال من حريته.

٢ ـ شروط الرقابة القضائية : ان الرقابة لاتعتبر قضائية الا اذا كانت الهيئـــة التى تقوم بها لها صفة القضاء، ويتحقق هذا بتوافر شروط ثلاثة هى :

ـ ان تكون الهيئة المكلفة بالرقابة لها اختصاص فى هذا الصدد، بمقتضى نصوص القانون .

ـ ان تسير عند نظرها فى النزاع وفقا لقواعد واجراءات يبينها الشـــارع، وذلك لضمان دراسة الدعوى دراسة جدية، ولكفالة حرية الخصوم فى الدفاع عن انفسهم .

واخيرا : ان يكون لحكمها فى النزاع قوة الشئ المحكوم به (حجية الشـــئ المقضى فيه) .

ومعنى ذلك ان الاحكام القضائية يترتب عليها اثر هام، هو انها تفض النزاع بصورة حاسمة ونهائية، بحيث لاتجوز اثارته مرة اخرى امام القضاء، مما يعطـــى الحكم حجية وقوة خاصة .

وتتضمن حجية الحكم قرنتين هما : قرينة الحقيقة، وقرينة الصحة .

ومعنى قرينة الحقيقة "ان الحكم يصبح عنوان الحقيقة فيما قضى به، اما قرينة الصحة فتعنى ان الحكم يفترض فيه صدورة بناء على اجراءات سليمة، ومن ثم فلا تجوز المجادلة فيه بعد ذلك بدعوى اصليه .

ويلاحظ ان حجية الاحكام لاتقرر الا بالنسبة للاحكام التى تصبح غيرقابلة للطعن فيها باى طريق من طرق الطعن المقررة فى القانون .

٣ ــ صور الرقابة القضائية : قد يكون المطلوب من القضاء فى الدعوى المرفوعة اليه، اما وقف تنفيذ قرار ادارى او الغاء،، او الحكم بتعويض مقابل الاضرار التى لحقت بالفرد من جراء تصرف الادارة ، او فحص مشروعية التصرف الادارى .

وعلى ذلك، فان الرقابة الادارية تبتدى فى صور اربع هى : قضاء الالغاء، وقضاء التعويض، وقضاء فحص الشرعية، واخيرا رقابة القضاء الجنائى . ونوضح كل منها ــ بايجاز ــ فيما يلى :

قضاء الالغاء : ويناط هذا النوع من القضاء ،للقضاء الادارى . ويراد به توجه الفرد بدعواه الى القاضى المختص، يطلب منه الحكم بالغاء القرار الادارى المعيب ، واذا اتضح للقضاء سلامة الدعوى، فانه يحكم بالالغاء .

وجدير بالذكر ان الحكم فى دعوى الالغاء لايقتصر اثره على الدعوى المطروحة امام القضاء ، وانما يسرى اثره وينفذ بالنسبة للكافة ، لان طلب الالغاء يتضمن معنى اختصام القرار الادارى المطعون فيه، والحكم يصيبه فى صميمه ويعدمه نهائيا بالنسبة للجميع.

قضاء التعويض: ومجاله الخصب دعاوى المسئولية الادارية، اى دعاوى المسئولية التى يرفعها الافراد ضد الادارة، بطلب تعويضهم عن الاضرار التى تصيبهم من جراء سير المصالح العامة او تصرفات الموظفين العموميين، او اخلال الادارة بشروط عقد مبرم بينها وبين فرد او اكثر.

ويلاحظ ان دعاوى المسئولية الادارية قد تكون من اختصاص القضاء الادارى وحده ، وقد يعهد بها الى القضاء العادى للفصل فيها ، كما قد يكون الاختصاص بنظرها مشتركا بين جهتى القضاء (العادى والادارى) .

قضاء فحص المشروعية : وتظهر هذه الصورة فى حالة الدفع بعدم المشروعية بالنسبة لتصرف ادارى (القرارات الفردية او التنظيمية) .

وصورة ذلك : ان توجد دعوى منظورة امام القضاء ، وتكون مستندة الى قرار ادارى معيب فيتقدم الفرد المدعى عليه بدفع يثير به عدم مشروعية القرار الادارى المطلوب تطبيقه فى الدعوى ، ويبين وجه مخالفة القرار لمبدأ الشرعية وعلى المحكمة عندئذ ان تفحص الدفع الذى اثير امامها ، فاذا ثبت لها مخالفة القرار لمبدأ الشرعية استبعدته ، واستبعاد القرار هنا لايعنى الغائه ، وانما يظل القرار ـ المستبعد ـ قائما ، وقد يثور النزاع بشأنه فى دعوى اخرى حتى تلغيه او تصححه الجهة الادارية المختصة . ومن هنا نلاحظ هذا الخلاف بين قضاء الالغاء وقضاء فحص المشروعية ، من حيث الاثر الذى يترتب عليهما .

وقد يختص القضاء العادى وحده بفحص الشرعية بالنسبة للقرارات الادارية بنوعيها ، كما قد يكون الاختصاص بهذا النوع من القضاء مشتركا بين جهتى القضاء العادى والادارى ، اذ يستطيع الفرد صاحب المصلحة فى الدعوى ان يثير هذا الدفع امام الجهة القضائية التى تنظر الدعوى ، وتستطيع المحكمة التى يقدم اليها الدفع ان تفصل فيه ، فاذا كانت محكمة عادية لاتكون فى حاجه الى احالة الدفع للقضاء الادارى ، وبذلك تتعدد فرص الدفع بعدم الشرعية ، وذلك حسب النظام القضائى المتبع فى الدولة .

رقابة القضاء الجنائى :

القضاء الجنائى يراقب الادارة فى نشاطها وعلاقاتها مع الافراد فى حالة وقوع اعتداء من الموظفين على الافراد يكون جريمة معاقبا عليها ، فاذا ثبت لدى القضاء وقوع الجرم من الموظف ضد فرد او اكثر فانه يحكم بمعاقبته طبقا للقانون .

وتنتهز المحكمة هذه المناسبة لتبين للادارة حدود وظيفتها واصول علاقاتهـا بالافراد ، ومايجب ان يكون عليه سلوك رجال الادارة فى معاملة الافراد . على ان ثمة ملاحظة جوهرية ـ هنا ـ ، وهى انه لكى تتمكن المحاكم الجنائية من القيام بهذا المظهر من مظاهر رقابة تصرفات الادارة ، يجب ان يكون للافـراد حق تحريك الدعوى العمومية دون توقف على ارادة النيابة العامة او جهة اخرى (وهى ماتعرف بقيود الدعوى الجنائية) ، فاذا لم يمنح الافراد هذا الحـق وترك امر تحريك الدعوى للنيابة العامة ، فان النيابة العامة قد لاترفع الدعوى ضد الموظف المتهم لاعتبارات مختلفة ، وبهذه الطريقة قد تنعدم رقابة القضاء الجنائى على اعمال الموظفين ـ والتى تمثل اعتداء صارخا على الافراد ـ وبذلـك تضيع على الافراد ضمان قوى يراد به حمايتهم من عسف الادارة وبطشها .

٤ ـ نطاق الرقابة القضائية : الرقابة القضائية هى رقابة مشروعية ، بمعنى ، ان سلطة القضاء تقف عند حد مراقبه مشروعية اعمال الادارة دون ان تتصدى لبحث عنصر الملاءمة فيها ـ وقد اوضحت الادارية العليا ذلك فى اولى احكامها ، حيث قالت "ان رقابه محكمه القضاء الادارى والمحاكم الادارية على القرارات الادارية هى رقابة قانونية تسلطها عليها لتتعرف على مدى مشروعيتها ، من حيث مطابقتهـا اوعدم مطابقتها للقانون ، وهذا بدوره هو عين الموضوع الذى ستتناوله المحكمـة الادارية العليا عند رقابتها القانونية لاحكام القضاء الادارى ، فالنشاطـان وان اختلفا فى المرتبه ، الا انهما متماثلان فى الطبيعة ، اذ مردهما فى النهاية الـى مبدأ المشروعية ، تلك تسلطه على القرارات الادارية ، وهذه تسلطه على هـذه القرارات ثم على الاحكام .

ومن حيث ان نشاط القضاء الادارى فى وزنه للقرارات الادارية ، ينبغـى ان يقف عند حد المشروعية اوعدمها فى نطاق الرقابة القانونية ، فلا تجاوزها الى وزن مناسبات القرار ، وغير ذلك مما يدخل فى نطاق الملاءمة التقديرية التى تملكهـا الادارة بلا معقب عليهـا " .

وعلى ذلك، ولما كانت الرقابة القضائية هى رقابه مشروعية ، فان القضاء لا يملك الا الحكم بمشروعية العمل الادارى (اى بصحته بمطابقته للقانون) ، او بعدم مشروعيته لمخالفته للقواعد القانونية وبطلانه ، وبالتالى بتقرير الغائه والتعويض عنه . فلايملك القضاء ان يتدخل فى عمل الادارة بالحلول محل الادارة العاملة فى مباشرة اختصاصاتها ، وذلك باصدار قرارات ادارية معينة اوتعديلها او توجيه اوامر معينة الى جهة الادارة بالزامها بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل . ولا ان تكرهها على شئ من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية ، اذ يجب ان تظل للادارة حريتها الكاملة فى اتخاذ ماتراه من قرارات بمقتضى وظيفتها الادارية وفقط تكون تلك القرارات خاضعة لرقابة القضاء اذا وقعت مخالفة للقانون . وتطبيقا لذلك ، فاذا ماحكم القضاء مثلا بالغاء قرار فصل موظف ، فليس له ان يحكم باعادة هذا الموظف الى وظيفته او ان يلزم جهة الادارة باصدار مثل هذا القرار .

٥ - الفوارق بين الرقابتين الادارية والقضائية :

رغم وحده الاساس الذى بنى عليه كل من الرقابتين ، ويتمثل فى الرغبة فى رقابة اعمال الجهات الادارية ، بقصد تقويم الادارة عن طريق الزامها باحترام القوانين من ناحية ، وحماية حقوق الافراد وحرياتهم من ناحية اخرى ، رغم ذلك ، ونظرا لاختلاف الهيئة التى تباشر الرقابة فى كل نوع منهما من حيث طبيعتها ، فان ثمة فوارق تبرز بين الرقابتين ، يمكن اجمالها فيما يلى :

- من حيث الهيئة التى تتولى الرقابة : تتولى الرقابة الادارية الادارة ذاتها ، فى حين يباشر القضاء الرقابة القضائية ، وهو سلطة قضائية مستقلة عن الادارة .

- من حيث الاجراءات والمواعيد : تتطلب الرقابة القضائية لكى تتم اتباع اجراءات معينة ومواعيد محددة (يبينها القانون) ، فى حين ان الرقابة الادارية تتولاها الادارة من تلقاء نفسها ، ولاتحتاج - كقاعدة عامة - الى اجراءات

او مواعيد بخصوص التظلمات التى ترفع اليها .

والاصل فى التظلم الادارى انه اختيارى بالنسبة الى صاحب الشأن ولكن اذا تطلب القانون ضرورة التظلم الادارى كشرط اساسى لطرح النزاع على القضاء ، وجب ان يقدم التظلم الادارى خلال الميعاد المحدد للطعن القضائى وهو ستون يوما من تاريخ نشر القرار المطعون فيه او اعلان صاحب الشأن به ، كما يجب ان يقدم وفقا للاجراءات المقررة لذلك .

كما ان التظلم الادارى لا يخضع ـ فى الاصل ـ لمواعيد او اجراءات معينة ولكن اذا نص القانون على وجوب اتباع اجراءات او مواعيد معينة ، او كان قد ترتب على القرار المتظلم منه حق للغير ، هنا يجب على المتظلم ان يقدم تظلمه وفق الاجراءات وخلال المواعيد المقررة قانونا .

اما التظلم القضائى ، فيخضع اساسا للاجراءات والمواعيد المقررة للتقاضى .

ـ من حيث مدى الرقابة : الرقابة القضائية رقابة قانونية ، بمعنى انها تقتصر على بحث مشروعية اعمال الادارة لمعرفة مدى مطابقتها لاحكام القانون بصفة عامة ، ولا يصح ان تتجاوز هذه الرقابة تلك الدائرة ، اما الرقابة الادارية فانها تتيح للادارة رقابة اعمالها من حيث الشرعية ، وكذلك من حيث الملاءمة ايضا فالادارة فى مجال ممارستها لرقابتها على اعمالها تستطيع ان تلغيها وان تسحبها وان تعدلها وان تستبدل بتصرف اتخذته اخر ، كما ان الرئيس الادارى يستطيع بمقتضى سلطته ان يصدر لمرؤسيه تعليمات وتوجيهات تتضمن اوامر ونواهى ، وله ان يحل محل الموظف التابع لرئاسته ويقوم بعمله مباشرة ، وكل هذه الامور ليس من حق القضاء ان يمارسها فى مواجهة الادارة .

وبذلك تكون الرقابة الادارية اوسع نطاقا وابعد فى مداها من الرقابة القضائية .

— من حيث البت فى التظلم :

الاصل فى الادارة انها خصم شريف ، ومن ثم وجب على الموظف المختص سواء أكان هذا الموظف هو مصدر القرار او رئيسه ان يبت فى التظلمات التى تقدم اليه، فاذا امتنع عن ذلك تجاوزا منه لاختصاصه، ولكن هذا الامتناع لايرتب سوى المسئولية التأديبية للموظف ، وهذه ايضا ترجع الى تقدير الرئيس الادارى الاعلى ، ولذلك حرص المشرع على ان يفوت على الادارة غرضها فى حالة الامتناع عن البت فى التظلم، فاعتبر سكوت الادارة مدة ستين يوما بمثابة قرار ضمنى بالرفض، يفتح ميعادا جديدا لرفع دعوى الالغاء . يضاف الى ذلك انه مالم يوجد نص يقضى بالزام الادارة بتسبيب القرارات التى تصدرها اثر فحص التظلمات التى تقدم اليها ، فان الادارة ليست ملزمه بالتسبيب للقرارات التى تصدرها .

اما فى الرقابة القضائية، فليس للقاضى ان يمتنع عن الحكم فى خصومه قدمت اليه فى صورة دعوى (بشرط ان تكون داخله فى اختصاصه) ، فاذا امتنع عن الحكم فى هذه الخصومة تعرض للمسئوليتين المدنيه والتأديبية وربما الجنائية ايضا ، كما ان الاحكام التى يصدرها القاضى نتيجة الفصل فى المنازعات يجب ان تكون مسببه .

— من حيث الحجية : وهنا تختلف الرقابة الادارية عن تلك التى تتولاها السلطة القضائية، فى ان القرار الذى تتخذه الادارة فى شان تظلم لايحوز حجيه الشئ المقضى به، على العكس من الاحكام النهائية التى تصدر من القضاء فتتمتع بهذه الحجية، ومن ثم لايجوز لمن صدر ضده حكم نهائى ان يعاود التظلم مرة اخرى ، على العكس ممن رفض تظلمه الادارى ، اذ ليس هناك مايمنع من معاودته التظلم مرة اخرى . او بمعنى اخر انه اذا طعن احد الافراد لدى الادارة فى قرار ادارى ، فقررت رأيا فى هذا التظلم، فان قرارها الاخير هذا، يمكن الطعن فيه امام القضاء كأى قرار اخر لها . اى لايجوز هذا القرار

ما تتصف به الاحكام القضائية من قوة الشيء المحكوم فيه، ومن ثم نقـول ان الرقابة الادارية لاتستبعد الرقابة القضائية .

- واخيرا ، فانه من حيث تحريك الرقابة: فانه في حالة الرقابـة الادارية تقوم الادارة بمباشرة مهمة الرقابة من تلقاء نفسها ، اوبناء على تظلم ذوى الشأن، اما بالنسبة للرقابة القضائية فان القضاء لايستطيع ممارستها الا بنـاء على دعوى ترفع اليه من صاحب المصلحة .

٦ - تقديرنا للرقابة القضائية :

تعد هذه الرقابة اكمل انواع الرقابة، وهى رقابة ليست مفيدة -فحسب- للافراد ، بل هى مفيدة -ايضا- للحكام ، لانها تجعل الافراد اكثر قبـولا لسلطاتهم، اذ تجعل الافراد يطمئنون على حقوقهم الخاصة والعامة ، فلايضايقون الحاكم (المطلق) بمطالبته بالاشتراك معه في الحكم، لان هذا الاشتراك يهدف الى ضمان حماية حقوق الافراد . ولقد فطن بونابرت الاول الى هذا ، فانشـأ مجلس الدولة حتى يعلم الافراد بوجود ملاذ يلجأون اليه ضد تعسف الادارة ، وافتئاتها على حقوقهم، فاذا ما اطمئنوا الى وجود قاض ينصفهم تجاهها ، انصرفوا عن المطالبة بمشاركة رئيس الدولة في الحكم، وهذا يعنى ان وجود الرقابة القضائية على اعمال الادارة من شانها ان تحمى سلطان المشرع كما تحمى حقوق الافراد .

ورقابة القضاء على اعمال الادارة اعظم من رقابة تباشرها الادارة على اعمالها حتى ولو كانت هذه الرقابة قانونية وليست مجرد رقابة ملاءمة (ايضا) . لذلك كانت هذه الرقابة هى موضوع دراستنا ، وستكون محل الابحاث التفصيلية التالية .

" خاتمة "

القانون العام والقانون الخاص ، وايهما يطبق على المنازعات الادارية؟

والان وقد قررنا ضرورة الرقابة القضائية على اعمال الادارة ، نتساءل اى قواعد يطبقها القاضى على المنازعات الادارية التى تطرح امامه للفصل فيها ،

فهل يجوز فى هذه الحالة تطبيق قواعد القانون الخاص على هذه المنازعات ام انه يجب ان تخضع — تلك المنازعات — لقواعد خاصة بها متميزة عن تلك التى تطبق بصدد منازعات الافراد ؟

الرأى الرجح والسائد فى الفقه فى معظم الدول يذهب الى ضرورة استبعاد قواعد القانون الخاص (المدنى) بالنسبة للمنازعات الادارية ، وتطبيق قواعد القانون العام على المنازعات الادارية (وهى قواعد خاصة متميزة) ، وحجتهم فى ذلك هى : اختلاف العلاقه بين الادارة والافراد فى طبيعتها عن العلاقة التى تنشأ فيما بين الافراد وحدهم ، فبينما يسود علاقات الافراد مبدأ المساواة ، لايسود هذا المبدأ علاقات الادارة بالافراد ، بل ترجح كفة الادارة كفة الافراد ، لانها تمثل الصالح العام . والحق ان الادارة تتمتع بامتيازات كبيرة لايتمتع بها الافراد لتستطيع القيام بوظيفتها واداء الواجب المفروض عليها ، ويجعلها ذلك فى مركز يسمو على مركز الافراد . هذا من ناحية .

ومن ناحية يقولون ان نصوص القانون المدنى الفرنسى فى موضوع المسئولية ، لم يقصد مطلقا تطبيقها على علاقات الادارة بالافراد ، وانما اراد المشرع حصرها فى دائرة العلاقات الفردية البحته . اضف الى ذلك ان نصوص القانون المدنى المتعلقة بمسئولية المتبوع عن اعمال تابعه تقرر المسئولية على اساس وجود رابطة تعاقد بين المتبوع والتابع ، ولكن راى الفقهاء مستقر على ان العلاقة بين الموظف والادارة علاقة تنظيمية وليست علاقة تعاقدية ، فكيف تطبق قواعد القانون المدنى المؤسسة على الرابطة التعاقدية على علاقه الموظف بالادارة وهى علاقة قانونية ؟

وقد اكدت هذا الراى محكمة التنازع فى فرنسا فى حكم بلانكو الشهير الصادر فى ٨ فبراير سنه ١٨٧٣ .

وهكذا نرى القضاء يوازر الفقه فى ضرورة ايجاد قواعد خاصة واحكام متميزه عن احكام القانون المدنى لكى تطبق على مسئولية الدولة ، وبصفه عامة على المنازعات الادارية .

ومع ذلك ذهب فريق من الفقه الى وجوب تطبيق قواعد القانون الخاص على المنازعات الادارية ،بحجة انه لايوجد مايبرر خضوع الادارة لقواعد قانونية خاصة على خلاف ماهو متبع بالنسبة للافراد ،وحجتهم في ذلك ان قواعد القانون المدني وضعت في الاصل لتطبق على الافراد ولكن امتد تطبيقها ـ عن طريق القضاء ـ الى الاشخاص المعنوية الخاصة ، وليس هناك مايمنع من سريانها على اشخاص القانون العام ـ ويقولون ان توحيد القواعد القانونية المطبقة هو خير ضمان لتحقيق المساواه المطلقه بين الادارة والافراد ، وبالتالي لحماية حقوق الافراد وحرياتهم ضد اعتداء الادارة ، ثم انه نتيجه منطقية للاخذ بمبدأ الدولة القانونية . Etat de droit

ونحن لايمكننا التسليم بما ذهب اليه هذا الراى ،رغم وجاهته من الناحية النظرية، وذلك لانعدام هذه الوجاهه من الناحية الموضوعية، ذلك ان هذا الراى يتجاهل امتيازات الادارة لتحقيق الصالح العام، فضلا عن العلاقة بين الدولة صاحبة السلطان والفرد لايمكن ان تسودها المساواة ، وعدم المساواه هذا يقتضي تطبيق قواعد قانونية مغايرة لقواعد القانون الخاص القائمة على مبدأ المساواة .

وفي النهاية نؤكد ان هذا جدلا نظريا ، وان حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على المنازعات الادارية ، يتوقف عملا على النظام القضائي الذي تأخذ به الدولة، وهل هو نظام القضاء الموحد ام نظام القضاء المزدوج .

مراجع هذا المبحث: د . محمود حافظ، المرجع السابق، ص٧٣ ومابعدها ،د . مصطفى كامل، المرجع السابق ص٢٩ ومابعدها ،د . فؤاد العطار ، المرجع السابق ص ٨١ ومابعدها ، د . كامل ليله ، المرجع السابق ص١٦٠ ومابعدها ،د . محسن خليل : المرجع السابق ص٤٧ ومابعدها ،د . محمود حلمي ، القضاء الادارى، ط/٣ ، ١٩٧٧، ص ١٩ ـ ٢٠، د . سليمان الطماوى، القضاء الادارى ـ قضاء الالغاء، ١٩٧٦، ص١٩ ومابعدها ،د . محمد ميرغني ، المرجع السابق ص٨٠ ـ ٨١، د . احمد مسلم، اصول المرافعات، ١٩٧١ ، ص٦٨٤ ومابعدها ،د . احمد ابو الوفا ـ نظرية الدفوع في قانون المرافعات، سنه ١٩٨٠، ص٢٠٧ ومابعدها ،د . رؤوف عبيد ، الاجراءات الجنائية ،ط٩ لسنه ١٩٧٢، ص٥٩ ،د . عبد الوهاب مصطفى، وابع لطفي جمعه، مرجع الفقه والقضاء في جرائم الوظيفة العامة، سنه ١٩٦٣ ، ص٢٨١ ومابعدها
ومن الفقه الفرنسي : المراجع السابق الاشارة اليها .

خطة الدراسة :

الرقابة القضائية على اعمال الادارة لاتتخذ صورة واحدة فى جميع الدول ،وانما تخضع لتنظيمات مختلفة ، فبعض الدول تكتفى بانشاء هيئة قضائية واحدة تختص بالفصل فى المنازعات الفردية ، وكذلك المنازعات الادارية ، ولكن بعض الدول ينشئ - بجوار القضاء العادى - قضاء اداريا يتخصص فى الفصل فى المنازعات الادارية .

ووجود قضاء ادارى فى الدولة - بجانب القضاء العادى - يثير عدة مسائل قانونية جوهرية ، تتعلق بتحديد اختصاص جهتى القضاء ، ووضع الحلول لمواجهة وحسم احتمالات التنازع على الاختصاص بين فرعى القضاء ، وكذلك احتمالات تعارض الاحكام الصادرة منهما .

كما ان القضاء الادارى - محل دراستنا المستفيضة - تختلف ولايته بصدد المنازعات التى تدخل فى اختصاصه ، فاحيانا تقتصر ولايته على الغاء التصرف المعيب واحيانا تكون ولايته كاملة تشمل الالغاء والتعويض ، وكذلك تختلف الاجراءات التى تتبع امام القضاء الادارى ، والاجراءات التى تتعلق بالاحكام التى يصدرها عن مثيلتها المقررة بالنسبة للدعاوى التى ترفع امام القضاء العادى والاحكام التى تصدر عن ذلك القضاء .

بعد هذه المقدمة ، نتناول دراسة موضوع القضاء الادارى ، مقسمين هذه الدراسة الى اربعة ابواب :

الباب الاول : تنظيم القضاء الادارى .

الباب الثانى : قواعد اختصاص القضاء الادارى .

الباب الثالث : ولاية القضاء الادارى .

الباب الرابع : المرافعات الادارية .

الباب الاول

تنظيم القضاء الادارى

تمهيد وتقسيم:

اوضحنا ان مقتضى الاخذ بنظام الرقابة القضائية، اضطلاع السلطة القضائية - وحدها - بالفصل فى الدعاوى التى ترفع اليها ، والرقابة القضائية على اعمال الادارة تتحصل فى رقابة القضاء لاعمال الادارة، بقصد التحقق من مدى مشروعية هذه الاعمال من حيث مطابقتها او عدم مطابقتها للقانون بمعناه العام، وذلك عن طريق الفصل فى المنازعات الادارية التى تعرض على القضاء، واصدار احكام ملزمة تحوز قوة الشيء المقضى به.

ويختلف النظام القضائى فى كل دولة تبعا للاسلوب المطبق، فقد يكون وفقا لنظام القضاء الموحد او نظام القضاء المزدوج . الاول من مقتضاه ان توكل الوظيفه القضائية الى جهة واحدة تباشر هذه الوظيفة بواسطة محاكمها على اختلاف انواعها ودرجاتها ، وهذا هو الاسلوب الذى يأخذ به النظام الانجلوسكسونى وهو المتبع فى كل من انجلترا وامريكا والبلاد التى حذت حذوها . اما الثانى فمؤداه ان يتألف النظام القضائى من جهتين قضائيتين :

احدهما جهة القضاء العادى ، وتختص بالفصل فى المنازعات القضائية بين الافراد بعضهم وبعض، او بين الافراد والادارة بوصفها شخصا معنويا خاصا ، والاخرى جهة القضاء الادارى ، وتتولى الفصل فى المنازعات الادارية، اى تلك التى تقع بين الافراد والادارة بوصفها سلطة عامة ، وهذا هو الاسلوب الفرنسى ، وقد اخذته عنها كثير من الدول ، ومنها مصر منذ سنه ١٩٤٦.

وعلى ذلك، سنقسم هذا الباب الى فصلين : تخصص الفصل الاول منهما لدراسة تنظيم القضاء الادارى فى القانون المقارن، والثانى لبحث تنظيم القضاء الادارى فى مصر.

الفصل الاول
تنظيم القضاء الادارى
فى القانون المقارن

تقسيم :

نتناول بالدراسة -فى هذا الفصل- شرح المبادئ الاساسية للنظام الانجلو سكسونى كنموذج لنظام القضاء الموحد ، فى المبحث الاول، على ان نخصص المبحث الثانى لدراسة النظام الفرنسي ، وذلك على اساس ان فرنسا كانت هى مهد نظام القضاء المزدوج .

المبحث الاول
النظام الانجلو سكسونى
(نظام القضاء الموحد)

١- مبدأ عدم مسئولية الادارة ٢ - المسئولية الشخصية للموظفين

٣- علاقة القضاء بالادارة ٤ - تقدير النظام .

يسرى هذا النظام فى انجلترا والولايات المتحدة الامريكية ، والدول التى تأثرت فى نظمها المختلفة بالانظمة الانجليزية .

فانجلترا لاتعرف نظام القضاء الادارى، ومن ثم فلاتوجد بها محاكم ادارية، ويقضى نظامها القانونى باختصاص المحاكم العادية بالفصل فى المنازعات ايا كانت صورها (اي سواء كانت بين الافراد او بين الافراد والادارة) . واختصاص القضاء العادى شامل لجميع المنازعات الادارية ، ولايخرج نزاع ادارى من دائرة هذا الاختصاص الا بمقتضى نص قانونى مكتوب وصريح The Statute Law

واذا كان الامر كذلك فى عدم وجود قضاء ادارى فى انجلترا ، فهل يوجد بها قانون ادارى ام لايوجد بها مثل هذا القانون ؟

بعض الفقه يذهب الى القول بعدم وجود قانون ادارى فى انجلترا ، اذ هى تعتبر مثلا واضحا للدولة التي يخلو نظامها القانوني من القانون الادارى، وعلى العكس من ذلك ذهب فريق اخر، ويقول ان وجود القانون الادارى فى انجلترا مسألة واضحة لاتقبل جدلا .

على انه بالرجوع الى اسانيد هذه الاراء، نجد ان علة الخلاف بينهما ترجع الى اختلافهما فى بيان المراد بالقانون الادارى ، فالفقهاء الذين يقصدون بالقانون الادارى مجموعة القواعد القانونية الخاصة التى تطبقها محاكم خاصة (ادارية) مستقلة عن السلطة الادارية، ينكرون وجود قانون ادارى فى انجلترا نظرا لعدم وجود محاكم ادارية بها . اما اولئك الذين يرون القانون الادارى بانه مجموعة القواعد القانونية الخاصة بتنظيم عمل وسير المرافق العمومية - يؤكدون - على وجود قانون ادارى فى انجلترا .

والواقع ان وجود قانون ادارى فى دولة ما ، لايجب ان ينظر اليه من زاوية وجود محاكم خاصة لتطبيق قواعده، لان ذلك لايعدو ان يكون امرا شكليا ، ليس له اثر فى تحديد خصائص القواعد القانونية الموضوعية، وعلى ذلك فاذا ما قيل بان انجلترا ليس بها قانون ادارى ، فليس مرد ذلك عدم وجود محاكم ادارية بها ، وانما الى القاعدة العامة فى النظام الانجليزى والتى تقضى بعدم مسئولية الادارة عن اعمالها فى مواجهة الافراد ، واذا ما سئلت الادارة استثناء عن بعض اعمالها ، فانها تخضع فى ذلك لقواعد القانون الخاص، وعليه فان مجرد وجود مصالح عمومية (مرافق عامة) تقوم بالاعمال الادارية فى الدولة لايكفى للقول بوجود قانون ادارى بها .

ولتوضيح ذلك، يتعين القاء الضوء على القاعدة العامة فى النظام الانجليزى ثم تبيان مدى مسئولية الموظف ، وسلطة القضاء حيال الادارة ثم اخيرا تقدير ذلك النظام، ونعرض لذلك على النحو التالى :

اولا : مبدأ عدم مسئولية الادارة : وهو الاصل فى النظام الانجليزى ، ومرد هذا المبدأ امران هما :

١ ـ قاعدة دستورية قديمة سادت انجلترا ، وفحواها ان الملك لايخطئ ، ونظرا لانهم يخلطون هناك بين التاج والدولة (بمعنى ان الدولة تتجسد فى التاج) فتكون نتيجة هذا الاندماج انسحاب مركز التاج على الدولة فلا ينسب اليها خطأ ، ومادام الامر كذلك فلا تنهض قبلها مسئولية ، لانه حينئذ ينتفى الخطأ لاتقوم المسئولية .

٢ ـ الرابطة التعاقدية ، هى شكل العلاقة بين الادارة وموظفيها ، اذ تتخذ هذه العلاقة صورة الوكالة ، والقاعدة انه لا يسأل الموكل عن اعمال وكيله الا فى حدود عقد الوكالة المبرم بينهما ، وعلى ذلك فلا تسأل الدولة (الادارة) عن اعمال موظفيها اذا اخطأ ونجم عن اخطائهم ضرر للغير لان خطأ الموظف لايدخل فى نطاق عقد الوكالة القائم بينه وبين الدولة ، ومن ثم تقع المسئولية ـ هنا ـ على عاتق الموظف المخطئ ، اذ هو الذى يتحمل نتائج تجاوزه حدود الوكالة .

ولكن ، هل هذا مبدأ مطلقا ؟ ان اطلاق هذا المبدأ دون تقييد او تحديد امر يجافى المنطق ، ويتنافى وقواعد العدالة ، اذ ينطوى اطلاق هذا المبدأ دون تحديد الى المساس بشدة بحقوق الافراد وحرياتهم ، ولا يدفع ذلك الا التخفيف من حدة هذا المبدأ . من هنا تقررت الاستثناءات منه تشريعيا وقضائيا ، مما يمكننا القول بانها ـ ربما ـ قضت على اطلاقه وضغطت نطاقه ومن هذه الاستثناءات :

ـ تقرير مسئولية الدولة عن العقود التى تبرمها (واصبح عدم المسئولية قاصرا فى نطاقه على المسئولية التقصيرية) .

ـ وحتى فى مجال عدم المسئولية عن الاعمال غير التعاقدية (التقصيرية) فقد حددت نطاقها على اعمال الموظفين التابعين للهيئات المحلية دون العاملين بالمصالح العمومية والهيئات المركزية .

وهنا ـ نلاحظ ـ انه يقع على عاتق القضاء عبء تحديد صفة المصلحة (الهيئة

فى بيان وضعها من مجال المسئولية .

- واكثر من ذلك، فقد عمد المشرع الى تقرير استثناءات تشريعية على مبدأ عدم المسئولية عن اعمال الموظفين التابعين للهيئات المركزية .

- ومما يستلفت النظر، ان القضاء لم يقف موقفا سلبيا من هذا الموضوع، بل لقد انتهز الفرص وساهم ايجابيا فى تحديد وتحجيم مبدأ عدم المسئولية فى اضيق نطاق ممكن، بحيث يمكن القول بان القاعدة - قد اصبحت - هى المسئولية وليس العكس، ومن ذلك مانلاحظه من موقف القضاء فى قضية الباخرة زامورا ZAMORA سنة ١٩١٦، فلقد قضى مجلس الملك الخاص (وله اختصاص قضائى) بالزام الحكومة بتعويض الضرر الذى اصاب صاحب الباخرة بسبب الاستيلاء غير المشروع عليها . ومن ذلك ايضا ماقضت به المحكمة الاستئنافيه العليا - مجلس اللوردات - سنه ١٩٢٠، بالزام الحكومة بتعويض شركه فنادق مقابل استعمال الدولة لفنادقها لحاجات الجيش فى فترة الحرب، اذ قررت المحكمة - غير عابئة بدفاع الحكومة - ان المبادئ العامة التى تقوم على اساسها الدولة المصرية، تقضى بعدم امكان حرمان احد من ملكه الا مقابل تعويض عادل "(١) .

ثانيا : المسئولية الشخصية للموظف : عملت انجلترا على صيانه الحقوق والحريات الفردية، بتقرير مبدأ مسئولية الموظفين الشخصية، وعلى ذلك فمن حق الفرد الذى يصيبه ضرر من اعمال الموظف ان يقاضيه بصفته الشخصية ويطالبه بتعويض عن الضرر الذى لحق به نتيجة خطئه، والقضاء العادى هو الذى ينظر هذه القضايا، ويطبق عليها نفس القانون الذى يحكم المنازعات الفردية، وعلى الموظف المخطئ الالتزام بدفع التعويض من ذمته الخاصة .

---

(١) راجع: د . محمد كامل ليله، المرجع السابق ص٢١٩، د . مصطفى كامل، المرجع السابق، ص٣٢٤ د . محمود حافظ، المرجع السابق ص٩١ ومابعدها د . فؤاد العطار، المرجع السابق، ص١٦٧ ومابعدها .

على ان ثمة عرفا قد جرى ـ فى هذه الحالة ـ على كفالة الدولة للموظف وقيامها بدفع التعويض ـ المحكوم به ـ نيابة عنه، ولكن ليس على اساس التزام قانونى بذلك، وانما من قبيل العطف على الموظف والرحمة به فى هذا الموقف. وبهذه القاعدة تحافظ الدولة على تقاليدها فى عدم مسئوليتها ـ كأصل عام ـ، وفى نفس الوقت بدافع الرحمة، فضلا عن تأثير الفقه والقضاء الفرنسى، تدفع التعويض بدلا منه، دون ان تعترف بالتزامها قانونا بهذا التصرف .

ان هذا السلوك يؤكد مايقوله البعض، "ان الانجليز قوم يميلون الى الاحتفاظ بعنوان الكتاب، مع تغييرهم ـ تغييرا شاملا ـ للموضوع الذى يقع تحت هذا العنوان "(١) .

نخلص من ذلك: الى ان الموظف ـ وليس الادارة المركزية التى يتبعها ـ هو المسئول شخصيا عن الاخطاء التى يرتكبها فى ادائه لوظيفته ويتسبب عنها ضرر للغير، وترفع الدعوى من صاحب المصلحة ضد الموظف امام القضاء العادى ـ نظرا لعدم وجود قضاء ادارى ـ. وتنهض المسئولية قبل الموظف بسبب اهماله او الامتناع عن القيام بواجباته القانونية او بسبب تجاوزه حدود اختصاصه او بسبب ضرر يترتب على عمله رغم عدم تجاوزه حدود سلطته، وهى ماتعرف فى النظام الفرنسى بالمسئولية على اساس المخاطر، ويطلق عليها فى انجلترا كلمة MisFeasance على انه مما تجدر اليه الاشارة هو ان المشرع الانجليزى لم يترك الموظفين دون حماية، وانما حرص على تقرير بعض القيود فى سبيل تحريك هذه المسئولية، فضلا عن اعفاء بعض الموظفين من المسئولية مطلقا، ومثال ذلك تحديد المشرع ميعاد قصير (٦ شهور) لرفع دعوى المسئولية ضد الموظف، وانذار المدعى بالعقاب اذا ثبت عدم سلامة دعواه .. الخ .

(١) د. كامل ليله، المرجع السابق ص١٩٣، د. مصطفى كامل، المرجع السابق، ص٣٤، د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص٩٤.

ثالثا : سلطة القضاء الانجليزى فى مواجهة الادارة :

يملك القضاء الانجليزى سلطانا ضخما واسعا فى مواجهة موظفى الادارة لدرجة اعتبار الادارة هيئة تابعة للقضاء ، خاضعة لسلطانه .. لماذا؟ لان القضاء لايملك ـ فحسب ـ الحكم على الموظف بعقوبة جنائية ، اذا اتضح ان الفعل المنسوب اليه يكون جريمة جنائية ، وكذا الحكم بالتعويض ما دامت اركان المسئولية المدنية متوافرة ، بل يملك القضاء كذلك حق توجيه اوامر مكتوبة الى الموظفين (تسمى WRITS) تتضمن الزامهم بعمل شيء او الامتناع عن عمل شيء ، او تعديل قراراتهم او طلب الغائها . وهكذا نجد سلطة القضاء الانجليزى تختلط بسلطة الرئيس الادارى ، اذ ان القضاء لايبسط رقابته فقط فى حالة مخالفة القانون . وانما يتدخل فى نطاق الملاءمة ، فيأمر الموظف بأداء ماتوجبه الاداب العامة ، او الامتناع عما يكون غير منطقى او غير لائق ، ويوجه الموظفين ويرشدهم الى واجباتهم وطريق ادائها على الوجه الاكمل ، ويضاف الى ذلك حقه فى التعقيب على تصرفاتهم بتعديلها او سحبها او الغائها ، ولدى القضاء من الوسائل القانونية مايمكنه بواسطتها اجبار الادارة على احترام ارادته وتنفيذ اوامره واحكامه . مما حدا بالبعض الى وصف الادارة فى انجلترا " بـ الادارة القضائية " L 'administraiton - juge

تلك هى الاسس والخطوط العامة التى تحكم العلاقه بين القضاء والادارة فى انجلترا .

فى الولايات المتحدة الامريكية :

وتاخذ الولايات المتحدة الامريكية بهذا النظام فى عمومه ، ويمكن ايجاز ذلك فيما يلى :

ـ لاتعرف الولايات المتحدة القضاء الادارى ، وانما توجد بها جهة قضائية واحدة لها مثل سلطة القضاء فى انجلترا حيال الادارة من حيث اصدار الاوامر

والنواهى لها وتعديل تصرفاتها • كما ان مسئولية الموظفين مقررة كذلك فـى النظام الامريكى •

ـ على انه يمكن حصر موطن الخلاف بين النظامين الامريكى والانجليزى فى ان الدولة فى الولايات المتحدة مسئولة عن اعمالها الادارية ـ على العكس من النظام الانجليزى فى الاصل العام ـ •

ـ والدولة مسئولة كذلك عن اعمال موظفيها • ولكن مما يجب ملاحظتـه هنا ـ ان القانون الامريكى وهو يقرر مبدأ مسئولية الدولة عن الاعمال الادارية ، لايجيز للافراد رفع الدعاوى ضدها امام القضاء ، بل ان الجهة التى تملك الـزام الدولة بالتعويض هى السلطة التشريعية وليست القضاء • فالفرد المضرور عليه ان يتوجه بتظلم الى البرلمان المختص (الاتحادى او برلمان الولاية التابعه لهـا) ، والذى له وحده حق البت فى هذه الطلبات ، وان كانت البرلمانات لكثرة ما يقدم اليها من طلبات اضطرت الى انشاء لجان وهيئات خاصة لفحص هذه الطلبـات وقد اطلق على هذه الهيئات اسم محاكم الطلبات Courts of claims وتقرر لاعضائها بعض حصانات السلطه القضائية •

وتـؤكـد ان محاكم الطلبات هذه لاتعدو فى حقيقتها سوى مجرد هيئـات استشارية وليست محاكم قضائية ، فهى هيئات اريد بها معاونة البرلمان بخصـوص العرائض التى تقدم اليها من الافراد بقصد الحصول على تعويضات من الدولـة بسبب الاضرار التى تلحق بهم من جراء تصرف الادارة ، وقراراتها قرارات استشارية ـ مجرد مقترحات ـ ، وهذا ما اكدته المحكمة العليا فى امريكا ، وان كانت بعض الولايات قد اسبغت عليها صفه المحاكم بالمعنى الحقيقى ، ولكن لم تجعلهـا محاكم ادارية منفصله عن القضاء العادى ، وانما اصبحت جزءا من القضاء العادى •

وربط الذى حدا بامريكا الى انتهاج هذا السبيل ، هو نظرتها غير السليمـة لمفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ، اذ تأخذ بالمبدأ ـ على الاقل نظريا ـ بصورة

مطلقة اى على انه فصل تام ومطلق بين السلطات، ومثل هذه النظره توحـــى لها ان ترك تقرير مسئولية الدولة للقضاء يتضمن اعتداء على اختصاص السلطـــة التشريعية.

تلك هى الاصول العامة -بايجاز مناسب- للنظام الانجلو سكسونى.

رابعا : تقدير النظام الانجلو سكسونى :

- قيل فى بيان مزايا النظام الانجلوسكسونى ،انه نظام يحقق تطبيـــق مبدأ الشرعية فى اكمل صورة واوسع نطاق ، لانه يطبق قانون واحد -فى الدولة- على الجميع حكاما ومحكومين ، وتختص جهة قضائية واحدة (هى القضاء العـــادى) بنظر جميع المنازعات مدنية كانت اوادارية .

- وانه نظام يكفل ضمان حماية حقوق الافراد وحرياتهم ضد اعتـــداء الادارة بصورة صارمة ، اذ لاتتمتع الادارة بامتيازات فى مواجهة الافراد ، ولم تنشأ لها محاكم خاصة .

- كذلك فانه نظام يمتاز بالبساطة وعدم التعقيد لانه يتفادى حالات تنازع الاختصاص او تعارض الاحكام .

ولكن هل هذه الحجج المؤيدة للنظام سليمة تماما ؟

فمن ناحية الزعم ان مبدأ الشرعية يقتضى وحدة القانون ووحدة المحاكـم ، فانه زعم باطل ومغالطة واضحة ، فتطبيق المبدأ -على ما اوضحنا- لايستلـــزم حتما ذلك .

واما عن القول بضمان حقوق الافراد وحرياتهم بشكل قوى فى انجلترا ،فالملاحظ انه قلل من ذلك نفوذ البيروقراطية فى انجلترا ، نظرا لزيادة اعباء الادارة وتشعب وظائفها فى الوقت الحاضر . ونلاحظ فى ذلك تضمين مشروعات القوانين المعروضـه على البرلمان نصوص اللوائح والقرارات التى تريد اصدارها تنفيذا لتلك القوانين ، حتى تكتسب ماتتمتع به القوانين من حصانة ، فتكون مثله غير خاضعة لرقابة المحاكـم ، واحيانا تلجأ الى النص فى القانون على ان اللوائح التى تصدر تنفيذا له تعتبر كأنها

جزءا منه، وبذلك تنجو من رقابة القضاء ، وهناك وسائل اخرى تتحايل بهـــا الادارة على التهرب من الرقابة القضائية ، وبذلك تتخفف _ بدرجة كبيرة _ درجة حماية حقوق الافراد وحرياتهم ضد تعسف الادارة . والمؤكد _ على ضوء ماتناولناه في الباب التمهيدى _ ان القضاء الادارى في الدول التى اخذت به (فرنسا _ مصر) اثبت انه اكثر حرصا على حماية حقوق الافراد وحرياتهم من القضاء العادى .

اما المزية الثالثة للنظام) من انه يتسم بالبساطة والبعد عن التعقيد ، فهى سليمة تماما ، ولكن يمكن تحقيق ذلك في ظل النظام المزدوج من خلال انشــاء محكمة عليا للفصل في حالات التنازع وازاله التعارض بين الاحكام ، ولكن هــــذا لايقلل من تمتع نظام القضاء الموحد بهذه الميزة يعد تفوقا منه على نظــــام القضاء المزدوج .

اضف الى ماتقدم كله ، العديد من المآخذ عن نظام القضاء الموحد منها :

تجاهل هذا النظام حاجات الادارة ومقتضيات الصالح العام ، بما تتطلبــــه من قواعد قانونية مختلفة ومتميزة عن قواعد القانون الخاص ، تكفل لها التمتـــــع بامتيازاتها المختلفة والتى تستهدف بها تحقيق الصالح العام .

كما يؤخذ على نظام القضاء الموحد انكاره استقلال الادارة عن القضــــاء ، الامر الذى يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات .

واخيرا ، فان المشرع الانجليزى _ ذاته _ يتجه صوب التضييق من اختصاص المحاكم العادية في نظر المنازعات الادارية ، باخراجه انواع متعددة من هــذه المنازعات من اختصاص القضاء العادى ، وجعلها من اختصاص الوزراء او لجـــان ادارية خاصة مثلما نراه في قوانين الصحة العامة والتعليم والمنازل ، من تمتـــع الوزير بصلاحيات واسعة في الفصل في الطعون ضد اجراءات البوليس الصحيـــة (قانون ١٨٧٥) ، او الطعون ضد قرارات انشاء المدارس او الغائها (قانـــــون ١٩٢١) .

هذه المنازعات التى اخرجها المشرع من اختصاص المحاكم العاديـــة ، وان كانت لاتعدو ان تكون حالات استثنائية محددة ، الا انها من الكثرة بحيث تكاد تطغى على المبدأ العام فى اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعـــات الادارية ، ولاشك ان مسلك المشرع الانجليزى هذا يعد اعترافا منه بعيـــوب نظام القضاء الموحد ، على ان بعض الفقه قد نظر الى هذا الاتجاه الجديد فى انجلترا على انه خطوة نحو انشاء محاكم ادارية وخلق نظام قضاء ادارى علـى نسق النظام الفرنسى .

يتضح لنا مما تقدم ان عيوب النظام الانجلو سكسونى تطغى على مزاياه ، وتظهر عدم سلامته وعجزه عن حماية الحقوق والحريات الفردية ، وتحقيق المصلحة العامة وكفالتها . وعلى ذلك ليس بمستغرب ان نرى العديد من الفقهـــــاء الانجلو سكسونيين تستعجل التطور ، وتدعوا الى الاقدام على انشاء قانون ادارى كامل وقضاء ادارى بجوار القضاء العادى ، لاجل تحقيق الفائدة المزدوجة لكل مـــن الادارة والافراد معا .

المبحث الثانى

النظام الفرنسى

(نظام القضاء المزدوج)

١- اساس النظام الفرنسى ٢- مراحل تطوره ٣- تنظيم القضاء الادارى فى فرنسا ٤- اختصاصات مجلس الدولة ٥- تقدير النظام الفرنســـى

يقوم النظام القضائى الفرنسى على اساس وجود جهتين قضائيتين (جهـــة القضاء العادى ، وجهة القضاء الادارى) تختص احداهما بالفصل فى المنازعـات الادارية .

وتجدر الاشارة من البداية الى ان النظام الفرنسى فى صورته الحالية ما هو

الا نتيجة تطور طويل، والملاحظ ان النتيجة التى انتهى اليها ذلك التطور لاتتفق مع المقدمات التى بدأ بها واعتمد عليها ، ذلك ان علة انشاء النظام فى البداية كانت حماية الادارة العاملة من تعسف المحاكم القضائية ، ولكن هذه العلة اختفت، واصبح القضاء الادارى ـ الان ـ حصنا لحماية الحقوق والحريات الفردية ضد تعسف الادارة .

وتعتبر فرنسا مهد نظام القضاء الادارى المستقل والمتميز عن القضاء العادى ، وحقق ذلك النظام نجاحا ملحوظا ، مما ادى الى اتجاه العديد من الدول لمحاكاته والاخذ به، ومنها مصر ـ كما سنرى .

وتقتضى دراسة النظام الفرنسى ، بيان اساسه وتطوره، وذلك قبل دراسة تنظيمه الحالى .

ولتوضيح ذلك يتعين القاء الضوء على اساس النظام الفرنسى واستعراض مراحل تطوره، وتنظيم جهات القضاء الادارى، واخيرا دراسة قواعد توزيع الاختصاص فى النظام، ونعرض لذلك ، على مايلى :

اولا : اساس النظام الفرنسى : يقوم هذا النظام على اساسين احدهما سياسى دستورى والاخر تاريخى .

والاساس الدستورى هو مبدأ الفصل بين السلطات . اما الاساس التاريخى فيرجع الى ماقبل الثورة الفرنسية .

وبالنسبة للاساس الاول : فقد فسر الفرنسيون مشرعى الثورة الفرنسية ان من مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات ، عدم تدخل السلطة القضائية فى اعمال الادارة العاملة، وان نظرها للقضايا التى تكون الادارة طرفا فيها يعتبر تدخلا فى اعمالها وانه كما لايجوز للادارة التدخل فى وظيفة السلطة القضائية، فلايجوز للقضاء ان يتدخل لفحص علاقة الادارة بالافراد وما ينشأ عنها من منازعات ، ويلاحظ ان هذا التفسير يتعارض مع المدلول الحقيقى للمبدأ كما اعلنه مونتسكيو .

والواقع ان هذا التفسير لم يكن صحيحا وقد وجهت اليه انتقادات عنيفة اذ يمكن القول بان المقصود بالمبدأ المذكور هو تخصص كل سلطة فى اداء وظيفه معينة، وان الفصل فى المنازعات التى تعد الادارة طرفا فيها من صميم الوظيفة القضائية، وهذا هو التفسير المعطى للمبدأ فى النظام الانجلو سكسونى .

وبالنسبة للاساس الثانى : فيرجع الى عهد ماقبل الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ حيث كان يوجد القضاء العادى، وكانت المحاكم الرئيسية لهذا القضاء تسمى "بالبرلمانات"، وقد تعسفت هذه المحاكم فى اداء وظيفتها، وتعنتت فى مواقفها ازاء الادارة، وكانت تحارب كل فكرة تهدف الى انشاء قضاء اخر بجانبها حتى لاتفقد جزءا من اختصاصاتها الواسعة وامتيازاتها العديدة، وقد كان مسلك هذه المحاكم سببا فى كراهية رجال الثورة لها، لتدخلها المستمر فى شئون الادارة وعرقلتها فى اداء وظيفتها الى حد كبير، وفرضها لوائح على الادارة تشل نشاطها والزامها بتنفيذ تلك اللوائح، لذلك كان من اوائل القرارات التى اتخذتها الجمعية الوطنية التأسيسية الغاء هذه المحاكم، وقد انتقل سوء الظن الى المحاكم القضائية الجديدة التى حلت محل المحاكم القديمة، فعمل مشرعو الثورة على ابعاد الادارة ومنازعاتها عن رقابة تلك المحاكم، وجاء القانون الصادر فى ١٦-٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠ محققا لهذا الغرض ينصه على ان "الوظائف القضائية متميزة، وتظل دائما منفصلة عن الوظائف الادارية" .

وقد فسر هذا النص على انه يقصد به عدم جواز مباشرة الموظفين الاداريين للوظيفة القضائية، وكذلك عدم جواز مباشرة المحاكم اعمالا ادارية، فليس لها ان تصدر لوائح ادارية، ولا ان تأمر الادارة بفعل شئ او الامتناع عن فعل شئ هذا من ناحية، ومن ناحية فان المحاكم ليس لها ان تنظر فى المنازعات الادارية لان ذلك يتيح لها فرصة فحص اعمال الادارة ومراقبتها، ويجعل من المحاكم هيئة رئاسية تهيمن على الادارة، الامر الذى اراد المشرع استبعاده، تحقيقا لاستقلال الادارة .

وعلى ذلك، يمكننا القول بان مسلك رجال الثورة الفرنسية لايمكن ان يفسر بالرجوع الى مبدأ الفصل بين السلطات، او بالتطبيق لنظريات فلسفية او مبادئ دستورية، وانما تبرره الظروف والاعتبارات التاريخية فحسب.

ثانيا : تطور نظام المزدوج في فرنسا : يمكن رصد ثلاث مراحل لهذا التطور هي :

١ ـ مرحلة نظام الادارة القاضية : وهي المرحلة التي ترتبت على القانون الصادر في ١٦ ـ ٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠، والتي عهد فيها الى الادارة ـ ذاتها ـ بالفصل في المنازعات الادارية . فاذا اراد احد الافراد ان يتظلم من خطأ احد الموظفين فليس امامه الا رفع التظلم الى جهة الادارة، وبذلك اصبحت الادارة خصما وحكما ، وهو الامر الذي لايضمن عدالة القضاء ونزاهته ـ وتسمى هذه المرحلة بمرحلة الادارة القاضية L'administraiton - juge

٢ ـ مرحلة القضاء المقيد "المحجوز" : ولكن نظام الادارة القاضية لم يستمر طويلا ،بل ادخلت عليه تعديلات واصلاحات ابتداء من السنة الثامنة للجمهورية الاولى ، فنص دستور هذه السنة ١٧٩٩ على انشاء مجلس الدولة Conseil d'etat كما انشئت مجالس دواوين المديريات Conseils de prefecture في نفس السنة، وكانت مهمة المجلس استشارية تقوم الى جانب الادارة العاملة ، وتعرض عليها المنازعات الادارية لفحصها وتقديم مشروع مرسوم بشانها ، على ان يصدر المرسوم من رئيس الدولة متضمنا القرار النهائي الحاسم للنزاع . فلم يكن هذا المجلس بمثابة محكمة قضائية بالمعنى الصحيح ، لانه لم يكن يملك اصدار احكام قضائية لا معقب عليها من سلطة اخرى، بل كانت آراؤه استشارية بحت ، الامر الذي يبعدها عن المحاكم بالمعنى الدقيق ، وقد سميت هذه المرحلة بمرحلة القضاء المقيد او القضاء المحجوز Justice retunue ومع هذا فقد اثبت الواقع ان المشورة التي كان يقترحها مجلس الدولة، كانت تلقى

دائما تصديق الرئيس الاداري . . ، وهو ما يجعل المجلس اقرب ما يكون الى محكمة حقيقية من الناحية الفعلية ، وتسمى هذه المرحلة بمرحلة القضاء المقيد "المحجوز" .

٣ ـ مرحلة القضاء المفوض Justice deleguee

وفي هذه المرحلة بلغ المجلس مرحلة هامة من التطور بصدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ ، والذى نص على نفاذ الحلول التي يراها المجلس للمنازعات المثارة امامه مباشرة بغير توقف على تصديق الرئيس الاداري ، وتحول المجلس الى محكمة حقيقية ، وتسمى هذه المرحلة بمرحلة "القضاء المفوض" . ولكن ظل اختصاص المجلس محددا على سبيل الحصر ، حتى اصدر المجلس في ١٣ ديسمبر سنه ١٨٨٩ حكمه الشهير في قضية كادو Cadot (١) ، فاصبح المجلس القاضي الاصلي في المنازعات الادارية ، واصبح المجلس مختصا بكل منازعة ادارية لم يجعلها المشرع من اختصاص غيره . وقد دامت هذه القاعدة حتى عام ١٩٥٣ ، حيث صدر مرسوم ٣٠ سبتمبر سنه ١٩٥٣ ، الذى جعل مجلس الدولة محدد الاختصاص ، وجعل الاختصاص في اول درجة للمحاكم الادارية وليس للادارة نفسها . وقد تم الان تجاوز حكم كادو في جزئيته ، ولكن يظل قائما ما حققه من فتوحات ، ولم يكن يمكنه بدونه قيام اصلاح ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ .

ثالثا : تنظيم القضاء الادارى في فرنسا : يعد مجلس الدولة ومحاكم الاقاليم هي اهم المحاكم الادارية الفرنسية على الاطلاق ، ونعرض فيما يلي ـ بايجاز ـ لتكوينها واختصاصها .

---

(1) C.E., 13 dec. 1889, Cadot, Rec. 1148; concl. Jagerschmidt. s 1892. 3. 17. note Hauriou., 1891.3.41 concl. jagerschmidt

منشور في مؤلف د . احمد يسرى احكام المبادئ في القضاء الادارى الفرنسى ١٩٩١ ، حكم رقم / ٥ ، ص ٤٤ .

١ـ مجلس الدولة : تكوينه :

ابرز خصائص مجلس الدولة الفرنسي ان اعضاءه ليسوا مجرد رجال قانـــون ولكن الكثيرين منهم يختارون من بين رجال الادارة العاملة ، وقد ازداد هـــذا الطابع بروزا في التعديلات الاخيرة ، وانعكس ذلك على طريقة اختيار اعضائـه وجميع اعضاء المجلس يأتون عن طريق التعيين لا الانتخاب [١] .

ويتدرج اعضاء المجلس على النحو التالي :

ـ المندوبون : وهم اول درجات السلم في تكوين المجلس ، وينقسمون الى فئتين ثانيه ، واولى ، ويختارون ـ الان ـ من بين خريجي المدرسة الوطنيـــة للادارة ، طبقا لاختيار الطالب حسب درجة تخرجه ، ويختار مندوبو الدرجة الاولى من بين المندوبين من الدرجة الثانية ، ويقوم المندوبون بدراسة ملفات الموضوعـات واعداد مشروعات التقارير .

ـ النواب : ويختار ٧٥٪ من بين المندوبين من الدرجة الاولـى ، وتعين الحكومة الربع الباقي من الخارج و ويشترط الا يقل سن النائب عن ٣٠ عاما ولا تقل خدمته عن ١٠ سنوات ، ومن بين النواب يختار سكرتير المجلس .

ـ المستشارون في الخدمة العادية : ويختار ثلثيهما من بين النـــواب ، والثلث الباقي يترك للحكومة اختيارهم من خارج المجلس شريطة الا يقل ســـن المستشار عن ٤٠ عاما ، ويختارون من بين كبار الموظفين مثل المحافظين .

ـ رؤساء الاقسام : وعددهم خمسة .

ـ نائب رئيس المجلس :

ـ المستشارون في الخدمة غير العادية : وقد اجاز القانون اختيـــار ١٢ مستشار من غير اعضاء المجلس ، اطلق عليهم التسمية السابقة ، ولم يشـــترط فيهم الا ان يكونوا من بين المختصين في اوجه مختلف النشاط القومي .

ـ رئاسة المجلس: جعل القانون (١٩٤٥) رئاسة مجلس الدولة لرئيس

---

(١) د . سليمان الطماوي : القضاء الاداري ـ قضاء الالغاء ، سنة ١٩٧٦ ، ص٧٩

السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء) ، ويحل محله عند غيابه وزير العدل ،
على ان هذه الرئاسة نظرية بحتة ، فرئيس الوزراء لا يرأس المجلس ، ووزير العدل
لم يمارس هذا الحق الا مظهريا في حالات محدودة وكليهما لا يملكان من
الناحية القانونية ـ المشاركة في المداولات الخاصة باصدار الاحكام .

ويجرى العمل على ان الرئاسة الفعلية لمجلس الدولة لنائب رئيس المجلس
وفى حالة غيابه يحل محله اقدم رؤساء الاقسام الخمسة .

والجدير بالملاحظة ، ان اعضاء المجلس لا يتمتعون ـ على الاقل من الناحية
القانونية ـ بضمانة عدم القابلية للعزل ، وبالرغم من ذلك لم يترتب على هذا النقص
اية نتائج ضارة من الناحية العملية ، لان الضمانة الفعالة هى فى رقابة الرأى
العام اكثر من النصوص .

ويتولى المندوبون والنواب اعداد موضوعات البحث ، ومن بينهم ـ خاصة
النواب ـ يختار المفوضون Les Commissaires du gouvernement
الذين يعينون بمرسوم ويقدمون بدور هام فى ممارسة الاختصاص القضائى ، ويتولى
المستشارون المناقشة والتقرير ، ولا يشترك المستشارون فى الخدمة غير العادية
فى ممارسة الاختصاصات القضائية . ومن حق الحكومة ان تسمع المجلس وجهة
نظرها ، كما ان من حق الوزراء ـ دائما ـ حضور جلسات المجلس عند نظره فى
الاختصاصات الادارية لا القضائية .

رابعا : <u>اختصاصات مجلس الدولة</u> : يمارس مجلس الدولة وظيفتان اساسيتان
هما : وظيفة الافتاء ، ووظيفة القضاء ـ ولحق هاتين الوظيفتين تطور كبير ، ونعرض
لكل منهما فيما يلى :

<u>وظيفة الافتاء</u> : كانت هذه هى الوظيفة الاصلية التى انشأ من اجلها المجلس
ولكن حلت محلها الان الوظيفة القضائية ، وفى هذه الوظيفة يقدم مجلس الدولة
رأيه للادارة فى المجالين التشريعى والادارى ، ويبدى المجلس <u>رأيه فى</u>
<u>التشريعات</u> عن طريق الجمعية العمومية على اساس دراسة تمهيدية يقوم بها احد

الاقسام الادارية بالمجلس. اما فى المجال الادارى ،فيلعب المجلس دورا هاما اذ وفقا لقانون المجلس(والمادة ٣٨ من الدستور) لابد من استشارة المجلس قبل اصدار المراسيم ولوائح الادارة العامة، اما فى باقى اللوائح فاستشاره المجلس اختياريه للادارة، وبالنسبة للقرارات الادارية كذلك اجبارية فى حالات ، واستشارية فى حالات اخرى. وللمجلس ان ينبه السلطات من تلقاء نفسه الى الاصلاحات التشريعية والادارية التى يراها محققة للصالح العام (م/ ٢٤ من قانون ١٩٤٥).

والقاعدة ان راى المجلس لايكون ملزما الا اذا نص المشرع على ذلك صراحة ، كما فى الحالات المتعلقة باسقاط الجنسية ويرفض منحها . والراى ليس بحكم.

وظيفة القضاء: وهذا هو الاختصاص الاصيل فى الوقت الحاضر، وله صور متعددة هى:

مجلس الدولة كمحكمة اول واخر درجة : اصبح مجلس الدولة منذ قانون ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ محكمة ادارية ذات اختصاص محدد ، ومنحت صفة قاضى القانون العام للمحاكم الادارية.

والاختصاصات المحددة لمجلس الدولة كمحكمة اول واخر درجة يشمل الامور التالية:

- دعاوى الغاء اللوائح والقرارات الفردية الصادرة فى شكل مراسيم للطعن عليها بتجاوز السلطة.
- منازعات الموظفين المعينين بمراسيم.
- دعاوى ضد القرارات الادارية التى يمتد نطاقها خارج حدود اختصاص محكمة ادارية.
- المنازعات الادارية التى تنشأ فى مناطق لاتدخل فى اختصاص محاكم ادارية
- دعاوى تفسير وفحص مشروعية القرارات التى يختص بها مجلس الدولة.

مجلس الدولة كمحكمة استئنافية ومحكمة نقض:

في غير الامور السابقة ، تمتد ولاية مجلس الدولة الى الاحكام الادارية الصادرة من المحاكم الادارية الاخرى باعتباره محكمة ثاني درجة (استئناف)، واما باعتباره محكمة "نقض". والمقرر قانونا حق النقض ضد الاحكام الادارية، مالم يستبعده المشرع صراحة .

مجلس الدولة كمحكمة منظمة للاختصاص في نطاق المحاكم التي تتبعه: حالتان

— حالة التدقيق بين الاحكام: وتتحقق هذه الحالة اذا كانت الاحكام الادارية المتعارضة قد حازت حجية الشيء المقضى . وفي هذه الحالة يقوم مجلس الدولة بالغاء الحكم محل الطعن حتى ولو كان قد حاز قوة الشيء المقضى او لم يطعن فيه بالطريق العادى امامه ، ويحيل الامر الى الجهة المختصة ، ولكنه لايتصدى للامر بنفسه .

— حالة الاتصال بين المنازعات: وذلك اذا كان حل احداهما يتوقف على الاخرى مباشرة، فاذا قام اتصال بين منازعتين احداهما يختص "مجلس الدولة" والاخرى مما تدخل في اختصاص محكمة ادارية اخرى ،فان مجلس الدولة هو الذى يختص بنظر النزاعين معا ،وذلك بناء على قرار بالاحالة يصدر من رئيس المحكمة الادارية، اما اذا كان الاتصال بين موضوعين مما يختص بهما المحاكم الادارية، فان رئيس القسم القضائي بمجلس الدولة هو الذى يصدر قرارا بتحديد المحكمة التي تتولى الفصل في النزاعين المتصلين ، ولكن يشترط تقديم طلب من رئيس المحكمتين المختصتين .

وماذا عن المحاكم الادارية :

وهى التى كانت تسمى مجالس الاقاليم، حتى سنة ١٩٥٣ ، حيث تحولت الى محكمة ادارية كاملة على نمط مجلس الدولة ، وسميت بالمحاكم الادارية وهى المحاكم ذات الاختصاص العام فى المنازعات الادارية، وعدد هذه المحاكم ٢٨ محكمة

(٢٤ للاقليم الاوربى بفرنسا ، ٤ محاكم للاقاليم التابعة لفرنسا ، بواقع محكمة لكل اقليم) . واعضاء هذه المحاكم يجب ان يكونوا من خريجى المدرسة الوطنية للادارة ، والترقيه الى الدرجات الاعلى من داخل المجلس ، عدا نسبه معينة يجوز للادارة ان تلجأ الى التعيين بها من الخارج .

ولهذه المحاكم اختصاصات استشارية واخرى قضائية كما هو الحال بالنسبة لاختصاصات مجلس الدولة . وان امتازت هذه المحاكم من الناحية القضائية عن مجلس الدولة ، نظرا لانها قد مارست منذ البداية "القضاء المفوض" .

واختصاص هذه المحاكم مقيد بحدود الاقليم الذى تمارس فيه اختصاصها ، احكامها قابلة للاستئناف امام مجلس الدولة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، وانها ذات اختصاص عام بالنسبة للمنازعات الادارية ، بمعنى انها تختص بكل المنازعات الادارية التى لم يعهد بها القانون الى محكمة ادارية اخرى او الى مجلس الدولة ، وعلى ذلك يشمل اختصاص هذه المحاكم كل انواع القضاء (الغاء ـ تعويض ـ فحص مشروعية ـ تفسير) [1] .

---

(١) فى تفصيلات ذلك راجع :

Walvie , op. cit., p. 146 et suiv.,

De laubade·e, op. cit., p. 416 et suiv

خامسا : تقدير النظام الفرنسي (نظام القضاء المزدوج) :

من الواضح ان نظام القضاء المزدوج (والنظام الفرنسي الا نموذج الامثل له) مزايا عديدة ، مما برر وجوده وبقاءه في فرنسا ، وجعل مشرعي دول كثيره يأخذون به . على ان ذلك لم يمنع من توجيه بعض الانتقادات اليه . فما هي الانتقادات التي وجهت اليه، ثم ماهي مزاياه ؟

الانتقادات: اخذ على النظام الفرنسي انه يتضمن محاباه ظاهرة للادارة ، انه يجعل لها محاكم خاصة لنظر المنازعات التي تنشأ بينها وبين الافراد ، وقانونا خاصا تطبقه هذه المحاكم على تلك المنازعات . فاذا اضيف الى ذلك ان القضاه لايتمعون بضمانات قانونية تحقق لهم الاستقلال تجاه السلطة التنفيذية ،فان ذلك يثير شبهية التحيز للادارة ، وعدم نزاهة القضاه .

وقيل ايضا ان نظام القضاء المزدوج من شأنه ان يعقد الاجراءات ويخلق مشكلات التنازع على الاختصاص ، على العكس من نظام القضاء الموحد الذى يمتاز بالبساطة ولا يثير مثل هذه المشكلات .

على انه يمكن الرد على هذه الانتقادات بسهولة . ذلك ان الانتقاد الاول مرده الفهم الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات ـ على نحو ما اوضحنا في بيان اساس القضاء المزدوج ـ ، فلقد ثبت جليا ان المقصود بانشاء المحاكم الادارية لم يكن محاباه الادارة وحمايتها في مواجهة الافراد ، بل فقط دفع اعتداء المحاكم العادية، ولقد اثبت الواقع العملي ان انشاء المحاكم الادارية، لم يكن فيه اى امتياز للادارة على حساب الافراد ، ولكن على العكس كان فيه مضاعفة لحماية حقوقهم وحرياتهم وكثيرا ما قضت هذه المحاكم ببطلان اعمال ادارية في الوقت الذى حكمت فيه جهة القضاء العادى بصحة اعمال مشابهة صدرت في نفس الظروف . ثم انه فيما يتعلق بعدم استقلالية القضاء الادارى ، فلقد اكمل العمل هذا النقص ، وكفل لقضاه المحاكم الادارية استقلالا كبيرا في مواجهة الادارة ،وقد اوضحنا انه يعزز القضاء الادارى من ناحية استقلاله،ويدعمه وجود

راى عام قوى مستنير ، يقف سياجا منيعا ضد اى محاولة للاعتداء على هـــذا الاستقلال .

اما بالنسبة للانتقاد الثانى ، فان المشرع الفرنسى لم يجعل له وجها بانشائه محكمة التنازع التى تفصل فى حالات التنازع على الاختصاص ، والتى اضيفت اليهـــا فيما بعد (فى عام ١٩٣٢) اختصاص الفصل فى حالة تعارض الاحكام ، وبذلـــك استطاع النظام الفرنسى ان يذلل ما يواجهه من عقبات .

واذا ماقيل ان النظام الفرنسى يتعارض مع مبدأ الشرعية ، فالرد ان اعمـــال مبدأ الشرعية وان كان يستلزم خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون ، الا انه لايقضى حتما وحدة القانون المطبق او المحاكم المختصة .

<u>المزايا :</u> واذا انتهينا الى تفنيد الانتقادات الموجهة للنظام الفرنسى ، فان ذلك لايمنعنا من تعدد مزايا هذا النظام وهى :

ان نظام المحاكم الادارية ذات الاختصاص العام والاصلى بالمنازعـــات الادارية ، يكفل تحقيق العدالة على وجه كامل ، فيضمن الافراد دائما وجود محكمة مختصة بنظر منازعاتهم مع الادارة .

وكذلك فان القضاء الادارى ـ نظرا لحداثته نسبيا ـ يستطيع وضع الحلول المناسبة لما يعرض عليه من منازعات ، غير مقيد بنصوص القانون المدنى ، ولقد تكـون القانون الادارى من مجموع القواعد والمبادئ التى ابتدعها القضاء الادارى الفرنسى ومن امثلة ذلك :

ـ حكم القضاء الفرنسى (محكمة التنازع) فى قضية بلانكو Blanco فى ٨ فبراير سنة ١٨٧٣ وقررت فيه المحكمة عدم امكانية تطبيق قواعد القانون المدنى فى المسئولية التقصيرية على الدولة ، واتجهت محاكم القضاء الادارى بعد ذلـــك الى تعميم هذا الحكم ليشمل جميع الاشخاص المعنوية العامة .

— حكم مجلس الدولة فى قضية Chamboredon فــى ١١ مايو سنه ١٨٨٣ ، فى قضية Cahier des charges فى ١١ مارس سنه ١٩١٠ ، قضية ظ زبورد و فى ٣٠ مارس سنه ١٩١٦ ، وفيها جميعا اضطر مجلس الدولة الى الخروج عن احكام القانون المدنى فى سبيل التوفيق بين الصالح العــام من جهة وحقوق الافراد من جهة اخرى ، ولوان مجلس الدولة تقيد باحكـــام القانون المدنى لما امكنه تحقيق المصلحة العامة والتوفيق بينها وبين حقــوق الافراد .

من ذلك نخلص الى اهمية القضاء الادارى ، وانه الاقدر على الفصل فــى المنازعات الادارية بحكم تخصصه والمامه باعمال الادارة ، وفهمه لظروفها ومطالبها وحرصه فى نفس الوقت على حماية الحريات الفردية فى مواجهة الادارة .

الفصل الثانى

تنظيم القضاء الادارى فى مصر

فيما يتعلق بالرقابة القضائية على اعمال الادارة ، مرت مصر بمرحلتين : مرحلة القضاء الموحد ، ثم مرحلة القضاء المزدوج ، ونعرض لمرحلتى التطور ثم التنظيم الحالى لمجلس الدولة فى مبحثين .

المبحث الاول

مراحل تطور القضاء الادارى فى مصر

اولا : مرحلة القضاء الموحد :

تبدأ هذه المرحلة بانشاء المحاكم المختلطه سنه ١٨٧٥ وحتى عام ١٩٤٦م (تاريخ انشاء مجلس الدولة) . فقد كان لهذه المحاكم (وكذا المحاكم الاهلية التى انشأت عام ١٨٨٣م) ولايه النظر فى القرارات الادارية بنوعيها ، التنظيمية والفردية ، لكن لم يكن لها ولايه الغاء الامر الادارى او وقف تنفيذه ، او تأويله ، فلم يكن لها سوى الحكم بالتعويض عن الاضرار غير المشروعه التى تلحقها الادارة باموال الافراد (وهم الاجانب من اصحاب الامتيازات) ، ويجب ان يذكر للمحاكم المختلطة جرأتها غير المألوفة فى الرقابة على اعمال الادارة ، اذ كانت هذه المحاكم اسبق من مجلس الدولة الفرنسى ذاته فى تقرير بعض المبادئ القانونية ، رغبة فى اضفاء مزيد من الحماية للاجانب الممتازين . كما يذكر للمحاكم الاهلية انها اهتدت الى كثير من مبادئ القانون الادارى المختلفة عن قواعد القانون الخاص التى كانت تطبقها هذه المحاكم بصفة اساسية ، بل ان المحاكم الاهلية قد وصلت فى نهاية المطاف الى نوع من قضاء الالغاء ، بتقريرها ان الامر الادارى الذى يتحصن من الالغاء ووقف التنفيذ والتأويل هو الامر المشروع المبرأ من العيوب ، ومع ذلك يجب الاعتراف بان القضاء الاهلى (المتشبع بروح العلاقات المدنية) كان حجر

عشرة في سبيل تطور قواعد القانون الاداري في كثير من المجالات •

وقد استتبع منح المحاكم المختلطه والاهلية سلطه الفصل في المنازعات الادارية، ضرورة انشاء هيئة تتولى الدفاع عن الادارة امام تلك المحاكم من ناحية، وتلجأ اليها الادارة لاخذ رأيها في الاشكالات القانونية التي تعرض لها من ناحية اخرى، لاجل هذا انشأت " لجنة قضايا الحكومة " عام ١٨٧٦ وكانت مهمتها الدفاع عن الحكومة واسداء النصح من الناحية القانونية للادارة واستمرت في تطورها حتى صدر القانون رقم ١ لسنه ١٩٢٣ بتنظيمها كاملا •

وفي عام ١٨٩٦ انشأت اللجنة الاستشارية التشريعية ، وتولت هذه اللجنة مهمة بحث وصياغة التشريعات المختلفة التي تزمع الحكومه اصدارها •

تانيا : مرحلة القضاء المزدوج :

تعتبر سنه ١٩٤٦ نقطة تحول هامة في تاريخ التنظيم القضائي في مصر ، اذ بانشاء مجلس الدولة المصري في هذا التاريخ ، انتقلت مصر من مرحلة القضاء الموحد الى مرحلة القضاء المزدوج •

على انه مما يتعين الالمام به، ان مصر قد عرفت محاولات عدة لانشاء قضاء اداري بها قبل عام ١٩٤٦، وهذه المحاولات هي :

المحاولة الاولى : وتمت بصدور امرا عاليا في ٢٣ ابريل سنة ١٨٧٩ بانشاء مجلس الدولة لاول مرة في مصر، وشكل المجلس من مستشارين مصريين واجانب على النمط الفرنسي ، ومنح اختصاصا قضائيا (الغاء وتعويضا) ، فضلا عن مهمة الافتاء وصياغة التشريعات •

ولم يقدر لهذا النظام (الذي ولد قويا) ان يرى النور ،فقد عصفت به الكوارث التي توالت على مصر، والتي ختمت بالاحتلال •

المحاولة الثانية : وكانت في عام ١٨٨٣، اذ تضمن القانون النظامي الصادر في اول مايو من هذا العام النص على انشاء مجلس شورى الحكومة (م/٤٦ منه) ، ونظم هذا المجلس بالامر العالي الصادر في ٢٢ سبتمبر ١٨٨٣ ،

ولكنه كان مجلسا ابتر ، اذ استبعد منه كل اختصاص قضائى ، وقصرت وظيفته على قسمى الافتاء والتشريع .

وظل الحال على ذلك حتى عام ١٩٣٩ ، المحاكم القضائية تمارس رقابــة التعويض ، ولجنه قضايا الحكومة تتولى وظيفه الصياغة والافتاء . وفى ذلك عـود ه الى الوراء بالقياس الى المرحلة الاولى .

المحاولة الثالثة : وبدأت عام ١٩٣٩ ، حين اعدت لجنة قضايا الحكومــة مشروع قانون بانشاء مجلس الدولة ، ولكنه لم يخول ولاية القضاء المفوض (حســم المنازعات الادارية نهائيا) ، بل جعل ولايته من نوع القضاء المحجوز (الذى يخضع فى ذلك لتصديق مجلس الوزراء) على نحو ماكان متبعا فى فرنسا اول الامر ، ولكـن هذا المشروع ظل ـ رغم تواضعه ـ معلقا حتى عام ١٩٤١ ، حتى اعدت لجنــة قضايا الحكومة مشروعا اخر يمنح المجلس سلطة القضاء المفوض ، ولكن تعطل هذا المشروع ايضا حتى عام ١٩٤٥ . حتى تقدم احد النواب وتبنى مشروع ١٩٤١ وتقدم به الى مجلس النواب ، وتقدمت الحكومة بمشروع مضاد ، حتى صدر قانون رقم ١١٢ لسنه ١٩٤٦ بانشاء مجلس الدولة المصرى ، فخرجت مصر من نظام القضاء الموحد الى نظام القضاء المزدوج (النظام الفرنسى) .

دستورية قانون ١٩٤٦ :

ولكن يلاحظ انه لما عرض مشروع قانون مجلس الدولة الاول على مجلس النواب فى ٢٦ يونيو سنه ١٩٤٦ دفع احد النواب بعدم دستوريته ، لتعارضه مع نـص م/ ٣٠ من الدستور التى تقضى بان "السلطه القضائية تتولاها المحاكم علــى اختلاف انواعها ودرجاتها " . واستند هذا الرأى الى القول بان الدستور المصرى (دستور ١٩٢٣) لم يعط ايه سلطه اخرى صلاحية الفصل فى القضايا الا للمحاكم العادية ، وهذا ليس بدعه فى الدستور ، لان جميع الدساتير التى اخذت بالنظام القضائى الادارى نصت عليه صراحة فى الدستور ، مثل الدستور البلجيكى عام ١٩٣٠

كما نصت على ذلك جميع الدساتير التى اخذت بنظام القضاء الادارى نصا صريحا ، حتى لايكون هناك تناقض مع مبدأ فصل السلطات .

الا ان البعض دفع ـ وبحق ـ بانه لاتعارض مطلقا بين المشروع وبين نص م/٣٠ من الدستور، لان عبارة "اختلاف انواع المحاكم ودرجاتها" مرونه الى حد نستطيع معه ان ننشىء من الهيئات القضائية ما نشاء (١) .

على ان ذلك لايمنع من الاعتراف بان القانون رقم ١١٢ لسنه ١٩٤٦ قد وضع على عجل، ومن ثم لحقه بعض الاخطاء ، فالغى وحل محله قانون رقم ٩ لسنه ١٩٤٩ ثم الغى بدوره واستبدل به القانون رقم ١٦٥ لسنه ١٩٥٥ وعلى اساس هذا القانون صدر القانون رقم ٥٥ لسنه ١٩٥٩ فى شان تنظيم مجلس الدولة .

هذا ولقد استجاب المشرع الدستورى المصرى ـ فى الدستور الحالى الصادر فى ١٩٧١ ـ للرغبة الشعبية العارمة التى تطلبت النص على القضاء الادارى فى

---

(١) انظر فى ذلك : د . عثمان خليل ، القانون الادارى ، الكتاب الثانى " مجلس الدولة ، الطبعة /٢ ـ ١٩٥١ ، ص ١٦ ومابعدها ، د . سليمان الطماوى ، المرجع السابق ص ٩٩ ومابعدها . د . محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ١٤١ ومابعدها . د . مصطفى كامل ، المرجع السابق ص ١١٣ ومابعدها د . محمد ميرغنى ، المرجع السابق ص ١٠٨ ومابعدها ، د . فؤاد العطار المرجع السابق ص ٢٢٩ ومابعدها . د . محمد كامل ليله ، المرجع السابق ص ٢٥٧ ومابعدها . د . محمود حلمى ، القضاء الادارى ، الطبعة / ٢ ١٩٧٧ ص ٢٧ ومابعدها ، د . وليم سليمان قلاده ، مجلس الدولة تاريخه ودوره فى المجتمع المصرى ، مجله مجلس الدولة السنه (٢٧) الصادرة عام ١٩٨٠ ، منشور بمجلد مجله مجلس الدولة فى ثلاثين عاما (١٩٥٠ ـ ١٩٨٠) سنه ١٩٩١ ، ص ٣١٩ ومابعدها .

صلب الدستور الجديد ، ولهذا جاءت المادة ١٧٢ من الدستور الحالى حاسمه فى هذا ، حيث تقول : " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقله ، ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية ، وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاتـــــه الاخرى " .

وبهذا النص اصبح للقضاء الادارى كيانه المستقل .

وفى ظل هذا المبدأ الدستورى ، صدر قانون مجلس الدوله الجديد رقـــم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ ، والذى اكمل صرح القضاء الادارى فى مصر ، اذ جعلــــــه صاحب الاختصاص العام فى مجال المنازعات الادارية .

وسوف نعرض لتنظيم مجلس الدولة المصرى طبقا لاحكام هذا القانـــــون (وتعديلاته) .

المبحث الثانى
التنظيم الحالى لمجلس الدولة المصرى

نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، الاول نتناول فيه تكوين مجلس الدولـــة وفى الثانى وظائف مجلس الدولة .

المطلب الاول
تكوين مجلس الدولـــة

١ـ تبعية المجلس ٢ـ اعضاء المجلس ٣ـ ضمانات الاعضـــــاء

٤ـ هيئات المجلس .

اولا : تبعية مجلس الدولة :

كانت المادة الاولى من القانون الحالى رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ فى شان تنظيم مجلس الدولة تنص على اعتبار مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة تلحق بوزير العدل "

والواقع ان تبعيه مجلس الدولة كانت موضعا للنقد ـ فالمجلس عند انشائه لاول مرة سنه ١٩٤٦ الحق بوزارة العدل ، واستمر ذلك حتى عام ١٩٥٢ ، حيث صدر القانون رقم ١١٥ لسنه ١٩٥٢ ، والحق المجلس برئاسة مجلس الوزراء ، تأكيدا لاستقلال المجلس ، ولما الغى نظام مجلس الوزراء طبقا للنظام الرئاسي الذى غلب على دستور ١٩٥٦ ، فقد الحق المجلس برئاسة الجمهورية حتى اعاد القانون الحالي رقم ٤٧/ لسنه ١٩٧٢ الحاق المجلس بوزير العدل ، وهو الامر الذى اثار نقدا مرا ، خاصة وان ذلك يتعارض مع الدستور والـذى يقضى فى م/١٧٢ على ان " مجلس الدوله هيئة قضائية مستقلة " ، ولذا تـم التعديل ، ليكون المجلس "هيئة قضائية مستقله" بمقتضى القانون رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨٤ المعدل لبعض احكام قانون مجلس الدوله رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ ، ولا شك ان اعتراف القانون لرئيس المجلس دون وزير العدل بصفه تمثيله فى علاقاتـه بالغير (م/ ٧٠ من القانون) كان يؤكد ذاتيه المجلس ويجعل السلطـات المعترف بها للوزير اقرب الى ان تكون سلطات مسخرة لخدمة المجلس ولمساعدته فى اداء واجباته .

ثانيا : اعضاء المجلس :

اعضاء المجلس هم طبقا لنص القانون (م/٢) ، رئيس المجلس ونوابه والوكلاء والمستشارون والمستشارون المساعدون والنواب والمندوبين ، ويلحق بالمجلـس مندوبون مساعدون تسرى عليهم الاحكام الخاصة بالمندوبين عدا شرط الحصـول على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا ، وهؤلاء هم الاعضاء الفنيـون ، واليهم ينصرف معنى العضوية بالمجلس عند التحديد ، ولكن يعمل بالمجلس طائفه اخرى من الموظفين الاداريين والكتبه والعمال ، وهؤلاء يسرى عليهـم الاحكام القانونية المطبقه على سائر موظفى الدولة ، ولاتنطبق عليهم الاحكـام الخاصة باعضاء المجلس الفنيين .

شروط العضوية :

يشترط فيمن يعين عضوا بالمجلس ، الشروط الاتية (م/٧٣ من القانون) :

أ ـ ان يكون مصريا متمتعا بالاهلية المدنية الكاملة ٠

ب ـ ان يكون حاصلا على درجة الليسانس في الحقوق من احدى الجامعات المصرية او على شهادة اجنبية معادلة لها ، وان ينجح في الحالة الاخيرة في امتحان المعادلة طبقا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك ٠

جـ ـ ان يكون محمود السيرة حسن السمعة ٠

د ـ الا يكون قد حكم عليه من المحاكم او مجلس التأديب لامر مخل بالشرف ولو كان قد رد اليه اعتباره ٠

هـ ـ ان يكون حاصلا على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا ، احدهما في العلوم الادارية او القانون العام اذا كان التعيين في وظيفة مندوب ٠

و ـ الا يكون متزوجا باجنبية ، ومع ذلك يجوز باذن من رئيس الجمهورية الاعفاء من هذا الشرط ، اذا كان متزوجا بمن تنتمي بجنسيتها الى احدى البلاد العربية ٠

ز ـ الا يقل سن من يعين مستشارا بالمحاكم عن ثمان وثلاثين سنه ، والا يقل سن من يعين عضوا بالمحاكم الادارية عن ثلاثين سنه ، والا يقل سن من يعين مندوبا مساعدا عن تسع عشرة عاما ٠

ويتم التعيين في وظائف المجلس بطريق الترقيه من الوظائف التي تسبقها مباشرة ، ومع هذا فقد اجاز القانون التعيين من خارج المجلس في حدود ربع الوظائف الخالية في كل وظيفه ، خلال سنه مالية كاملة ، بشروط تختلف من وظيفه لاخرى من بين رجال القانون العاملين في جهات اخرى (م٧٤ ـ٨٢ من القانون الحالي) ٠

رئيس مجلس الدولة : ينوب رئيس مجلس الدولة عن المجلس في صلاته بالغير، ويرأس الجمعية العمومية للمجلس ، ويجوز له حضور جلسات الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ولجانه وقسم التشريع ، ويكون له الرئاسة في هذه الحالات ، ويتولى رئاسة المحكمة الادارية العليا .

ويشرف رئيس المجلس على اعمال اقسام المجلس المختلفة وتوزيع العمل بينها كما يشرف على الاعمال الادارية ، والامانة العامة للمجلس ، ويعين رئيس المجلس بقرار من رئيس الجمهورية من بين نواب رئيس المجلس بعد اخذ رأى جمعية عمومية خاصة تشكل من رئيس مجلس الدولة ونوابه ووكلائه والمستشارين الذين شغلوا وظيفة مستشار لمدة سنتين (م/ ٨٣) . ويكون لرئيس مجلس الدولة سلطات الوزير المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالنسبة للعاملين شاغلي الوظائف الادارية والكتابية (م/ ١٢٦) ، كما يرأس مجلس تأديب اعضاء مجلس الدولة (م/ ١١٢) . ويقدم رئيس مجلس الدولة كل سنه كلما رأى ضرورة لذلك تقريره الى رئيس مجلس الوزراء متضمنا ما اظهرته الاحكام من نقص في التشريع او غموض فيه او حالات اساءة استعمال السلطه من ايه جهة من جهات الادارة ، او مجاوزة تلك الجهات لسلطاتها (م/ ٦٩) .

ويحل محله عند غيابه الاقدم فالاقدم من نوابه (م/ ٧٠) .

نواب رئيس المجلس ووكلاؤه :

وهي من الوظائف المستحدثه بالقانون الثالث لمجلس الدولة (١٩٥٥) ولم يحدد القانون الحالي (٤٧ لسنه ١٩٧٢) عددهم على وجه التحديد ، وانما جاء ذكر بعض منهم في بعض نصوص القانون نائب رئيس المجلس لمحكمة القضاء الاداري (م/ ٤) ، ونائب رئيس مجلس الدولة للمحاكم الادارية (م/ ٥) ، نائب رئيس المجلس للمحاكم التأديبية (م/ ٧) ، نائب رئيس المجلس لهيئة المفوضين (م/ ٦) ، ونائب رئيس [illegible] التفتيش الفني (م/ ٣٩) .

ويتم تعيين نواب رئيس المجلس والوكلاء بقرار جمهورى بعد موافقة الجمعية العمومية للمجلس (م/٨٣)، ويعتبر التعيين او الترقية من تاريخ موافقة الجمعية (م/٨٤).

باقي اعضاء المجلس (المستشارون والمستشارون المساعدون والنواب والمندوبون):

وهؤلاء جميعهم يتم تعيينهم (وكذا المندوبون المساعدون) بقرار من رئيس الجمهورية، بعد موافقة المجلس الخاص للشئون الادارية. ويعتبر تاريخ التعيين او الترقية من تاريخ موافقة المجلس المشار اليه".

امين عام مجلس الدولة:

ويعاون رئيس مجلس الدولة فى اختصاصاته المالية والادارية امين عام ينتدب بقرار من رئيس المجلس، من بين المستشارين او المستشارين المساعدين على الاقل (م/٧١). كما يرأس امين عام مجلس الدولة المكتب الفنى، وكذا الاشراف على اعمال الترجمه والمكتبه واصدار مجلة المجلس ومجموعات الاحكام والفتاوى وتبويبها وتنسيقها (م/٧٢). وتضم الامانه العامة مجموعه من الاعضاء الفنيين، كما يلحق بها عدد كاف من الاعضاء الاداريين (م/٧٢). وللامين العام على الاعضاء الاداريين سلطة وكيل الوزارة او رئيس المصلحة.

ثالثا: ضمانات اعضاء مجلس الدولة:

عمل المشرع فى قوانين مجلس الدولة المختلفه على تقرير بعض الضمانات لاعضائه منها عدم قابلية الاعضاء للعزل (م/٩١)، ويسرى عليهم الضمانات المقررة لاعضاء السلطة القضائية، على انه اذا فقد احد اعضاء المجلس (من درجه مندوب فما يعلوها) الثقة والاعتبار اللذين تتطلبهما الوظيفة او فقد اسباب الصلاحية لغير الاسباب الصحية، احيل الى المعاش او نقل الى وظيفه معادلة غير قضائية بقرار من رئيس الجمهورية، بعد موافقة مجلس التأديب (م/٩١).

ويخضع اعضاء المجلس من درجة مستشار مساعد فما دون للتفتيش على اعمالهم (م/٩٩).

كما يخضع جميع اعضاء مجلس الدولة فى تأديبهم لمجلس تأديب خاص ، يشكل طبقا للمادة ١١٢ من القانون ، من كل من : رئيس مجلس الدولة رئيسا وعضوية ستة من نواب رئيس المجلس بحسب ترتيب الاقدمية • وعند خلو وظيفه رئيس المجلس او غيابه او وجود مانع لديه يحل محله الاقدم فالاقدم من نوابه، وكذلك الحكم بالنسبة لاعضاء مجلس التأديب ، فيحل محل كل منهم من يليه فى الاقدمية من نواب الرئيس ثم الوكلاء والمستشارين • ويصدر بندب من يتولى التحقيق قرار من رئيس مجلس الدولة ، ويتولى التحقيق احد نواب رئيس المجلس بالنسبة للمستشارين، ومستشار بالنسبة لباقى اعضاء المجلس (م/١١٣) •

والعقوبات التى يجوز توقيعها هى اللوم والعزل (م/١٢٠) •

ويجوز وقف العضو عن مباشرة اعمال وظيفته اثناء اجراءات التحقيق او المحاكمة عن جريمة وقعت منه •

رابعا : هيئات المجلس:

نصت م/٢ من قانون المجلس على ان يتكون مجلس الدولة من :

١ ـ القسم القضائى ٢ ـ قسم الفتوى ٣ ـ قسم التشريع

وبالاضافة الى هذه الاقسام الثلاث ، فبالمجلس بعض الهيئات الاخرى التى تسهم فى اداء وظائفه وادارته ، وسنعرض لذلك ، على النحو التالى :

١ ـ القسم القضائى : ويعتبر اهم اقسام المجلس ـ بلاشك ـ ويتألف من :

أ ـ المحكمة الادارية العليا ب ـ محكمة القضاء الادارى

جـ ـ المحاكم الادارية د ـ المحاكم التأديبية

هـ ـ هيئة مفوضى الدولة •

أ ـ المحكمة الادارية العليا : وهى قمة القضاء الادارى فى مصر، وهى المرجع الاصلى فى التعرف على مبادئ القانون الادارى فى التطبيق العملى •

وهى مستحدثه بمقتضى القانون الثالث لمجلس الدولة (١٦٥ لسنه ١٩٥٥) ومقرها مدينة القاهرة . ويرأسها رئيس مجلس الدولة ، وتصدر احكامها من دوائر من خمسة مستشارين ، وبها دائرة او اكثر لفحص الطعون ، تؤلف من ثلاثة مستشارين (م/٤) .

والاصل ان الدعوى لاترفع ابتداء الى المحكمة الادارية العليا ، وانما تصل اليها من خلال طريق الطعن فى الاحكام التى تصدرها محكمة القضاء الادارى والمحاكم التأديبية .

والجدير بالذكر ان الادارية العليا هى المحكمة المختصة وحدها ومباشرة بالنظر فى الطعون المقدمة ضد القرارات التأديبية الصادرة عن المجالس التأديبية ، اذا كانت نهائية [1] .

واذا كان الهدف من انشاء الادارية العليا ، هو توحيد مبادئ القضاء الادارى فقد كان الواجب ان تتقيد الطعون امامها بقواعد الطعن امام محكمة النقض ، خاصة انها محكمة قانون لا محكمة وقائع ، وان المشرع فى م/٢٣ من القانون الحالى حدد الاحوال التى يجوز فيها الطعن امام الادارية العليا بان يكون الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون او خطأ فى تطبيقه او تأويله . او اذا وقع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات اثر فى الحكم . او اذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشئ المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع او لم يدفع .

---

(١) فى تفصيلات ذلك انظر ، مؤلفنا الوجيز فى تأديب العاملين بالحكومة والقطاع العام . الطبعة الثانية سنه ١٩٨٦ ص ٢٠٢ ومابعدها ، ومقالنا عن " طبيعة قرارات مجلس التأديب ، تعليق على حكم الادارية العليا فى القضية رقم ٤٢٦ لسنه ٢٥ ق فى ١٩٨٤/٥/٢٩ ، منشور بمجلة المحاماة ، العددان ٧ ، ٨ ـ السنه ٦٥ ، سبتمبر / اكتوبر ١٩٨٥ ، وحكم الادارية العليا ، الدائرة الخاصة فى الطعن رقم ٢٨ لسنه ٢٩ ق فى ١٩٨٥/١٢/١٥ ، مجموعة احكام السنه ٣١ / الجزء الاول مبدأ (٤) ، ص ٢٥ .

ولكن الملاحظ ان الادارية العليا لم تتقيد بهذه الضوابط ، فهى تنظر فى الاحكام المطعون امامها من حيث الوقائع والقانون ، بل يحدث احيانا ان تنظر الموضوع لاول مرة (١) ، بل اكثر من ذلك اضحى الطعن متاحا لمجرد عدم رضا ذى الشأن عن الحكم، الامر الذى جعل الطعن امام الادارية العليا اقرب الى الطعن بالاستئناف (٢) .

ويكون لذوى الشأن ولرئيس هيئة مفوضى الدولة ان يطعن فى احكام محكمة القضاء الادارى والمحاكم التأديبية ، خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم . اما الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى (كهيئة استئنافية) فى الطعون المقامة امامها فى احكام المحاكم الادارية ، فلا يجوز الطعن فيها امام المحكمة الادارية العليا الا من رئيس هيئة مفوضى الدولة ، خلال ٦٠ يوم من تاريخ صدور الحكم ، وذلك اذا صدر الحكم على خلاف ماجرى عليه قضاء المحكمة الادارية العليا ، او اذا كان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لهذه المحكمة تقريره (م/٢٣) ، وكأن المشرع ـ بهذا ـ قد اراد الا تستحدث مبادئ قانونية فى مجال القضاء الادارى ، قبل ان توضع تحت نظر الادارية العليا .

ولا تنظر الادارية العليا فى الطعون المقدمه اليها الا بعد ان تنظرها دائرة فحص الطعون المكونه من ثلاثه مستشارين ، ولهذه الدائرة باجماع الاراء رفض الطعن اذا رأت انه غير مقبول شكلا او باطلا او غير جديربالعرض على المحكمة ، اما اذا رأت ان الطعن جديربالعرض على المحكمة الادارية العليا ، اما لانه مرجح القبول او لان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق للمحكمة تقريره ، اصدرت قرارا باحالته اليها (م/٤٦) .

---

(١) راجع: عبدالعزيز بديوى، الطعن بالنقض والطعن امام الادارية العليا ، رسالة دكتوراه ـ جامعة عين شمس سنه ١٩٦٩ ، ص ٢٦٩ ومابعدها .

(٢) د . وليم سليمان قلاد ، مجلس الدولة ـ تاريخه ودوره فى المجتمع المصرى ، بحث منشور بمجله مجلس الدولة السنه ٢٧/ ـ ص ١١٩ ومابعدها ، د . محمد ميرغنى ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ .

ولا يترتب على الطعن امام الادارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، الا ان لدائرة فحص الطعون ان تأمر بغير ذلك (م/٥٠) . وتسرى القواعد المقررة لنظر الطعن امام الادارية العليا على الطعن امام دائرة فحص الطعون، ويجوز ان يكون من بين اعضاء المحكمة الادارية العليا من اشترك من اعضاء دائرة فحص الطعون فى اصدار قرار الاحالة (م/٤٧) .

وتسرى فى شان رد مستشارى الادارية العليا، القواعد المقررة لرد مستشارى محكمة النقض (م/٥٣)، كما يسرى على المحامين ما يسرى عليهم امام محكمة النقض تماما .

ب — محكمة القضاء الادارى :

ومقرها مدينة القاهرة، ويرأسها نائب رئيس مجلس الدولة لهذه المحكمة وتصدر احكامها من دوائر تشكل من ثلاثة مستشارين ، ويحدد اختصاص كل دائرة من دوائر المحكمة بقرار من رئيس مجلس الدولة، ويجوز بقرار من رئيس مجلس الدولة انشاء دوائر للقضاء الادارى فى المحافظات الاخرى ، واذا شمل اختصاص الدائرة اكثر من محافظة، جاز لها — بقرار من رئيس المجلس — ان تعقد جلساتها فى عاصمة اى من المحافظات الداخله فى دائرة اختصاصها .

وتجتمع محكمة القضاء الادارى بهيئة جمعية عمومية، و تدعى للانعقاد بناء على طلب رئيس المجلس او رئيس المحكمة او ثلاثة من اعضائها او بناء على طلب هيئة المفوضين (م/٥٤ م/٥٥ من قانون مجلس الدولة) .

ويمكن التمييز بين نوعين من اختصاصات محكمة القضاء الادارى وهى :

اختصاصات تباشرها المحكمة باعتبارها محكمة اول درجة : مثل طعون الهيئات الانتخابية ومنازعات الموظفين العموميين من مستوى الادارة العليا او المستوى الاول، وطعون الافراد او الهيئات بالغاء القرارات الإدارية النهائية، والطعون على القرارات النهائية الصادرة من جهات ادارية فى منازعات الضرائب والرسوم

ودعاوى الجنسية وطعون الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي ، ومنازعات العقود الادارية اذا تجاوزت قيمتها ٥٠٠ جنيه، وسائر المنازعات الادارية التى تدخل فى اختصاص محكمة القضاء الادارى ، ولم يجعلها المشرع من اختصاص المحاكم الادارية او التأديبية .

وثمة نوع اخر من الاختصاصات تباشره المحكمة باعتبارها محكمة استئنافية : مثل الطعون على احكام المحاكم الادارية ، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا امرت المحكمة بغير ذلك . وتسرى فى رد اعضائها الاحكام والقواعد المقررة لرد مستشارى محاكم الاستئناف ، وكذا بالنسبة لتمثيل المحامين . (م/١٣ ـ ٥٠ ـ ٥١ ـ ٥٣ من القانون) .

جـ ـ المحاكم الادارية :

فى ظل القانون الحالى تشكل هذه المحاكم من دوائر ثلاثيه برئاسة مستشار مساعد على الاقل وعضوية اثنين من النواب على الاقل . ومقارها القاهرة والاسكندرية . واجاز القانون انشاء محاكم ادارية بالمحافظات الاخرى بقرار من رئيس مجلس الدولة وتحديد دائرة اختصاص كل محكمة بقرار من رئيس المجلس. واذا شمل اختصاص المحكمة اكثر من محافظة جاز لها ان تنعقد فى عاصمة اى محافظة من المحافظات الداخله فى اختصاصها ، وذلك بقرار من رئيس مجلس الدولة ، ولهذه المحاكم نائب رئيس يعاون رئيس المجلس فى القيام على تنظيمها وحسن سير العمل بها (م/٥) .

ويتحدد اختصاص هذه المحكمة ـ على ما سنرى ـ وفقا لمعايير ثلاثة : نوعيا ثم مرفقيا واخيرا مكانيا ، وقد قضت الادارية العليا بان المناط فى اسناد الاختصاص لاحدى المحاكم الادارية هو اتصال الجهة الادارية بموضوع المنازعة ، لا بمجرد تبعية الموظف ، اذ هى الجهة الاقدر على تقديم البيانات والمستندات المتعلقة بالدعوى .

وجميع احكام المحاكم الادارية قابله للطعن عليها بالاستئناف امـــام محكمة القضاء الادارى ، ويتبع نفس الاجراءات المتبعه امام محكمة القضـــاء الادارى امام المحاكم الادارية ، ونفس قواعد التماس اعادة النظر ، ورد اعضائها (م/٥٣) ، وفى تمثيل المحامين ما يتبع امام المحاكم الابتدائية .

د ـ المحاكم التأديبية :

انشأت المحاكم التأديبية بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنه ١٩٥٨ باعادة تنظيم النيابة الادارية والمحاكمات التأديبية ، واسند اليها محاكمة الموظفـــين المعينين على وظائف دائمة عن المخالفات الماليه والادارية التى تقع منهم ، وتلى ذلك عدة تشريعات وسعت من نطاق من تشملهم المحاكمات التأديبية (القانـون رقم ١٩ لسنه ١٩٥٩ ، والقرار الجمهورى رقم ٢٠٦٢ لسنه ١٩٦٠ ، والقانون رقم ١٤٢ لسنه ١٩٦٣) .

وكانت المحاكمات التأديبية تشكل من اعضاء من مجلس الدولة وعضو من ديوان المحاسبات (الجهاز المركزى للمحاسبات) او ديوان الموظفين (الجهاز المركـــزى للتنظيم والادارة) ، بحسب طبيعة المخالفة او المخالفات موضوع المحاكمة . ولـم يعتبر قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شان تنظيم مجلس الدولـــة المحاكم التأديبية من القسم القضائى ، وان اجاز القانون الطعن على احكامها امام الادارية العليا .

وبصدور الدستور الحالى (عام ١٩٧١) ، وبمقتضى نص م/١٧٢ منه على "ان مجلس الدولة هيئة قضائية مستقله واختصاصاته بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية .." ، نص فى القانون رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ فى شان مجلـــس الدولة على ان المحاكم التأديبية جزءا من القسم القضائى لمجلس الدولة ، وتكونت من :

ـ محاكم تأديبية للعاملين من مستوى الادارة العليا وما يعادلهم .

ـ ومحاكم تأديبية للعاملين من المستويات الاول والثانى والثالث .

وشكلت كلاهما من ثلاثه مستشارين ، وبذا استبعد من تشكيلها العنصر الادارى سالف الذكر .

وقد حددت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالى اختصاص المحاكم التأديبية بالنظر فى الطلبات التى يقدمها الموظفون العموميون بالغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية ، والنظر فى الطعون فى الجزاءات الموقعه على العاملين بالقطاع العام ، وبذلك اصبحت المحاكم التأديبية تختص بنظر الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والادارية ، كما اصبحت جهة نظر الطعون المشار اليها (١) .

وقد اجاز القانون انشاء محاكم تأديبية فى المحافظات الاخرى ، بقرار من رئيس مجلس الدولة ، ويتحدد اختصاص المحكمة التأديبية تبعا للمستوى الوظيفى للعامل وقت اقامة الدعوى ، واذا تعدد العاملون المقدمون للمحاكمة كانت المحكمة المختصة بمحاكمة اعلاهم فى المستوى الوظيفى هى المختصة بمحاكمتهم جميعا (م/١٦) .

ويلاحظ انه بمقتضى احكام القانون رقم ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ (فى شان اصدار قانون قطاع الاعمال) قد اخرج العاملين بالشركات التابعة للشركات القابضة فيما يتعلق بالتحقيق معهم وتأديبهم من نطاق المحاكم التأديبية ، اذ اصبح هوءلاء العاملين بالشركات التابعة (شركات القطاع العام سابقا) يخضعون فى شان واجباتهم والتحقيق معهم وتأديبهم لاحكام الفصل الخامس من الباب الثالث من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (م/٤٤ الفقرة الاخيرة من القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ .

---

(١) فى تفصيلات ذلك راجع ، موءلفنا الوجيز فى تأديب العاملين بالحكومة والقطاع العام ، طبعة ٢ ، ١٩٨٦ ، ص ١٧٤ ومابعدها ، عبد المنعم ابراهيم ، اضواء على المحاكم التأديبية ، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة ، السنه (٢٧) سنة ١٩٨٠ ، ص ١٠٧ ومابعدها ، د . محمد ميرغنى ، المرجع السابق ص ١٥٧ ومابعدها .

اما فيما يتعلق بواجبات العاملين بالشركات القابضه (هيئات القطاع العام سابقا) والتحقيق معهم وتأديبهم ، فمازالوا يخضعون لاحكام القانون رقم ٤٨ لسنه ١٩٧٨ فى شان قطاع العاملين بالقطاع العام ولاحكام القانون رقم ١١٧ لسنه ١٩٥٨ بشان تنظيم النيابة الادارية والمحاكمات التاديبية واحكام قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ مع التعديلات الاتية : (م/٤٤ ـ الفقره الثانية من القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١) .

ـ فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات التأديبية ، فالمحكمة التاديبية بمجلس الدولة هى المختصة دون غيرها بتوقيع جزاء الاحالة الى المعاش او الفصل من الشركه بعد العرض على اللجنة الثلاثيه .

ـ واما عن الفصل فى التظلمات من القرارات التأديبية ، فقد احتفظت المحاكم التأديبية بهذا الاختصاص ، وسواء صدر الجزاء من السلطات الرئاسية او المجالس التأديبية المختصة بالشركة ، ومعنى ذلك ان قرارات المجالس التأديبية المختصة بالشركة القابضة ، لابد وان يطعن عليها امام المحاكم التأديبية ـ اولا ـ قبل ايصال الطعن بالادارية العليا ، ومن ثم لاتعد قرارات هذه المجالس من قبيل الاحكام القضائية التى يطعن على احكامها امام الادارية العليا مباشرة ، كما استقر القضاء الادارى المصرى ، حاليا ، بل المحاكم التأديبية ملزمه بنظر الطعن على قرارات المجالس التأديبية بالشركات القابضه بنص القانون ، ولايجوز الدفع امامها بعدم الاختصاص ، اذ لا اجتهاد مع النص ، ومن ثم لا مناص من الالتزام بالنص ، الذى يوجب التظلم من قرارات مجالس التأديب للشركات القابضه امام المحاكم التأديبية ، ولايجوز الطعن عليها مباشرة امام المحكمة الادارية العليا ، كما يجرى العمل بالنسبة لمجالس التأديب الاخرى (مثل مجالس تأديب الجامعات ومجالس تأديب ضباط الشرطة مثلا) .

ويلاحظ ، ان محاكم مجلس الدولة تستمر فى نظر الدعاوى والطعون التأديبية

وغيرها من الدعاوى المتعلقة بالعاملين بالشركات الخاضعه لاحكام القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ الى ان يتم الفصل فيها بحكم بات وفقا للقواعد المعمول بها حاليا ، وذلك دون حاجه الى اى اجراء اخر (م/٦ من مواد اصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ فى شان قانون قطاع الاعمال العام) .

هـ ـ هيئة مفوضى الدولة :

استحدث نظام مفوضى الدولة فى القضاء الادارى المصرى بمقتضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، نظرا للفوائد الكبرى التى حققها نظام مفوض الحكومة فى القضاء الادارى الفرنسى ، وهيئة مفوضى الدولة تعد جزءا من القسم القضائى فى مجلس الدولة (م/٣) ويرأسها نائب رئيس مجلس الدولة ، وتضم عددا كافيا من الاعضاء الفنيين ، ويشترط ان يكون مفوضوا الدولة امام الادارية العليا ومحكمة القضاء الادارى من درجة مستشار مساعد على الاقل (م/٦) . ويعتبر حضور مفوضى الدولة ضروريا لصحة جلسات سائر محاكم جهة القضاء الادارى ، عدا المحاكم التأديبية ، ويشترط فى العضو مايشترط فى اعضاء المحكمة .

اختصاص هيئة مفوضى الدولة : وقد اسند المشرع لهيئة مفوضى الدولة اختصاصات واسعة ، تتجاوز الاختصاصات المعترف بها لمفوضى الحكومة فى فرنسا واهم هذه الاختصاصات :

تحضير الدعوى ـ وتهيئتها للمرافعه بتقديم الرأى القانونى المحايد ، وللمفوض هنا ان يامر بادخال شخص ثالث لم يكن ممثلا فى الدعوى .

محاولة انهاء النزاع وديا ، على اساس المبادئ القانونية التى ثبت عليها قضاء المحكمة الادارية العليا خلال اجل يحدده .

الطعن فى الاحكام ، وقد اجاز القانون لرئيس هيئة مفوضى الدولة الطعن فى الاحكام الصادرة من مختلف محاكم القضاء الادارى (م/٢٢ـ٢٣ ـ٤٤) ، بما فيها المحاكم التأديبية ، واوجب القانون على رئيس هيئة مفوضى الدولة الطعن

فى احكام المحاكم التأديبية القاضية بفصل العامل اذا طلب اليه العامل ذلك ٠

الفصل فى طلبات الاعفاء من الرسوم : على أن ذلك يشمل محاكم القضاء الادارى عدا المحاكم التأديبية ٠

اجراء التحقيق فى الدعاوى : فتقضى المادة ٣٣ من القانون ، على انه يجوز لاية محكمة اذا رات ضرورة اجراء تحقيق ان تباشره بنفسها فى الجلسة اوتندب لذلك من يقوم به من اعضائها او من هيئة المفوضين ٠

دعوة الجمعيات العمومية للمحكمة الادارية العليا او محكمة القضاء الادارى اوالمحاكم التأديبية للانعقاد ، بناء على طلب رئيس الهيئة ، بل ودعوة الهيئة الى اجتماع الجمعيات العمومية اذا كان الداعى غير رئيس الهيئة ، ويكون لممثليها صوت معدود فى المداولة ٠

قسم الفتوى وقسم التشريع وجمعيتهما العمومية

٢ـ قسم الفتوى :

الوظيفة الاساسية لقسم الفتوى هوتقديم الراى القانونى او الاستشارة لجهات الادارة المختلفة ، فيما يعرض عليها من اشكالات قانونية ، والاصل فى الفتوى انها اختياريه مالم يقضى القانون بغير ذلك ، فاذا مانص المشرع على الزام الادارة بضرورة استطلاع راى مجلس الدولة مقدما قبل اجراء العمل او التصرف القانونى وصيرورته نهائيا ، فان مخالفة ذلك تستوجب بطلان تصرف الادارة لتخلف اركانه الشكليه ٠

والقاعدة ايضا ان فتوى مجلس الدولة (اختياريه كانت او وجوبيه) ، غير ملزمة للادارة ـ على الاقل نظريا ـ فاللادارة ان تأخذ بها او تطرحها جانبا وتتصرف كما تشاء ، ولكن ليس هناك مايمنع ان ينص المشرع على وجوب التزام الادارة برأى المجلس ، ولاتعد الفتوى قرارا اداريا او حكما قضائيا ، لذا لايجوز ان تكون محلا للطعن ، وليس للفتوى قوة الشئ المقضى به ٠

تكوين قسم الفتوى: ويتكون قسم الفتوى من ادارات مختصه لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة (م ١/٥٨) • وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس •

وينص القانون على ان يجتمع رؤساء الادارات ذات الاختصاصات المتجانسة بهيئة لجان يرأسها نائب رئيس المجلس المختص ، وتبين كيفية تشكيلها وتحديد دوائر اختصاصاتها اللائحة الداخلية (م/ ٦٠) • كما يجوز بقرار من الجمعية العمومية للمجلس انشاء لجنه او اكثر تتخصص فى نوع معين من المسائل ، يمتد الى جميع ادارات الفتوى •

وتختص ادارات الفتوى بابداء الراى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من الجهات الادارية التى تخصص لها وبفحص التظلمات الادارية (م/ ٥٨) • وثمة اختصاص وجوبى لهذه الادارات، فى "عدم جواز ابرام او قبول او اجازه اى عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكميه فى مادة تزيد قيمتها على ٥٠٠٠ جنيه بغير استفتاء الادارة المختصة (م ٣/٥٨) •

وتختص اللجان بابداء الراى فى المسائل والموضوعات التى تحال اليها من رئيس ادارة الراى المختص، واوجب القانون ضرورة استطلاع راى اللجان قبل ابرام اى التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية للبلاد او مصلحة من مصالح الجمهور العامة، وقبل ابرام اى عقد يرتب حقوقا او التزامات مالية للدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة، اذا زادت قيمته على ٥٠٠٠٠ جنيه •

وكذلك يجب اخذ راى اللجان عند الترخيص فى تأسيس الشركات التى ينص القانون على ان يكون انشائها بقرار من رئيس الجمهورية، وايضا فى المسائل التى يرى فيها احد المستشارين رايا يخالف فتوى صدرت من احدى ادارات قسم الفتوى او لجانه (م/ ٦١) •

٣ ـ قسم التشريع : يشكل قسم التشريع من احد نواب رئيس المجلس ومن عدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين، ويلحق به نواب ومندوبون (م/٦٢) . وعلى رئيس قسم التشريع دعوة رئيس ادارة الفتوى المختصة عند نظر التشريعات الخاصة بادارته للاشتراك فى المداولات، ويكون له صوت معدود فيها .

ويختص قسم التشريع ، بمراجعة صياغة اى مشروع قانون او قرار من رئيس الجمهورية ذى صفه تشريعية او لائحة ، او اعداده .

واذا كانت مراجعة الصياغة امرا وجوبيا ،فان اعداد المشروع لايعدو اختياريا (اى جوازى للادارة) .

وقد يقصر المشرع ذلك على مجلس الدولة دون غيره ، ومن ذلك مانص عليه المشرع فى المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون قطاع الاعمال من انه " يختص مجلس الدولة دون غيره بمراجعه نموذج العقد الابتدائى ، ونماذج النظام الاساسى للشركات الخاضعة لاحكام هذا القانون ، (وهى الشركات القابضه والتى حلت محل هيئات القطاع العام، والشركات التابعه والتى حلت محل شركات القطاع العام) .

وقد استقر القضاء على التفرقه فى الاختصاص الوجوبى (مراجعه الصياغة) بين القوانين ومافى حكمها وبين القرارات الادارية ، فرتب البطلان ـ جزاء لعدم العرض ـ على القرارات الاداريه دون القوانين ومافى حكمها (اللوائح) ، ولعل مرد ذلك هو الطابع الاستثنائى لمبدأ رقابة دستورية القوانين .

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

اعترافا من المشرع بالصلة الطبيعية بين وظيفتى الفتوى والتشريع التى يضطلع بها قسمى الفتوى والتشريع ، فقد جمع بينهما فى جمعية عمومية ، واناط بها بعض الاختصاصات .

- تشكيلها : تشكل الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع برئاسة نائب لرئيس مجلس الدولة وعضوية نواب رئيس المجلس بقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى قسم التشريع ورؤساء ادارات الفتوى. (م/٦٥).

- اختصاصاتها : وتختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بابداء الراى مسببا فى الموضوعات الاتية :

- المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التى تحال اليها بسبب اهميتها من رئيس الجمهورية او من رئيس الهيئة التشريعية او من رئيس مجلس الوزراء او من احد الوزراء او من رئيس مجلس الدولة.

ومن ذلك مانصت عليه المادة الحادية عشر من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون قطاع الاعمال فى فقرتها الثانية من انه " للشركات المشار اليها (الشركات الخاضعة لاحكام القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) ان تطلب الى مجلس الدوله عن طريق الوزير المختص ابداء الراى مسببا فى المسائل المتعلقة بشئون العاملين واعضاء مجالس ادارتها او بغير ذلك من المسائل التى تتعلق باى شان اخر من شئونها ".

- المسائل التى ترى فيها احدى لجان قسم الفتوى رايا يخالف فتوى صدرت من لجنة اخرى او من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع.

- المسائل التى ترى احدى لجان قسم الفتوى احالتها اليها لاهميتها.

ويلاحظ على هذه الاختصاصات انها اقرب الى الفتوى منها الى التشريع، ذلك ان الالتجاء الى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بصدد هذه المسائل اختيارى.

كما تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، بمراجعة مشروعات القوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية واللوائح التى يرى قسم التشريع احالتها اليها لاهميتها. ويلاحظ انه ليس للجمعية العمومية بقسمى الفتوى والتشريع ان تتصدى لموضوع مايعرض عليها، فمهمتها تقتصر على جانب الصياغة.

واخيرا ، تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بابداء الرأى مسببا فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات او بين المصالح العامة او بين الهيئات العامة او بين الهيئات المحلية او بين هذه الجهات وبعضها البعض ويكون راى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات " ملزما للجانبين " .

ومن الفقه من يتجه صوب تقريب هذا الاختصاص من العمل القضائى ، ويستند فى ذلك الى انه انما يأتى بصدد نزاع ولان الراى الذى تصدره الجمعية ملزما [1] . على اننا نرى ان هذا الاختصاص اقرب الى "القضاء المحجوز" ، اذ اثبت الواقع ان الجهات المنصوص عليها فى هذا المجال (م/٦٦ من قانون مجلس الدولة ٤٧ /١٩٧٢) غالبا مالا تلتزم بالراى الذى تبديه الجمعية ، ويحتاج الامر فى معظم الاحوال الى التدخل الرئاسى (على مستوى رئيس مجلس الوزراء) لحل النزاع ، باصدار قرار ملزم بتنفيذ ما انتهى اليه راى الجمعية لطرفى النزاع .

وتجدر الاشارة الى أن ثمة تعديل قد ادخل على هذا الاختصاص ، بمقتضى القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون قطاع الاعمال ، اذ لم تعد هيئات القطاع العام (والتى حلت الشركات القابضة محلها) ملزمة باحالة نزاعاتها مع الوزارات او المصالح العامة او الهيئات العامة او الهيئات المحلية الى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، لحسمها براى ملزم ، كما تقضى م/٦٦ من قانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، ذلك ان قانون قطاع الاعمال قد اجاز للشركات القابضة بل وللشركات التابعة (شركات القطاع العام) الاتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع فيما بينها وبين الاشخاص الاعتبارية العامة او الاشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص او الافراد وطنيين او اجانب ، وتطبق فى هذا الشأن احكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات (م/ ٤٠ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) .

---

(١) انظر : د . محمد ميرغنى ، المرجع السابق ص١٨٦ ومابعدها .

ومرد ذلك هو تغيير الصفه القانونية للشركات القابضه (والتى حلت محل هيئات القطاع العام)، اذ اصبحت هذه الشركات من اشخاص القانون الخاص (م/١ من قانون قطاع الاعمال رقم ٢٠٣ لسنه ١٩٩١) ولم تعد تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة، التى كانت تتمتع بها هيئات القطاع العام طبقا لاحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ (باصدار قانون فى شان هيئات القطاع العام وشركاته)، اذ كانت تنص المادة الثانية من القانون ٩٧ لسنه ١٩٨٣ على ان "تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية، وتعتبر من "اشخاص القانون العام".

وتجدر الاشارة الى ان ثمة هيئات اخرى يتكون منها المجلس، وتساهم هذه الهيئات اما فى عمل المجلس او تتناول بعض شئون اعضاء المجلس وهى :

ـ الجمعية العمومية لمجلس الدولة : وتشكل من جميع المستشارين، ويرأسها رئيس المجلس وعند غيابه اقدم الحاضرين من نواب الرئيس ثم من الوكلاء ثم من المستشارين (م/٦٨).

ـ الجمعية العمومية للمحاكم : (المواد ٥٥ ـ ٥٧)، وتختص الجمعية العمومية لايه محكمه بالنظر فى المسائل المتصلة بنظامها وامورها الداخلية وتوزيع الاعمال بين اعضائها او بين دوائرها.

ـ الامانة العامة والمكتب الفني : (المواد ٧٠ ـ ٧٢).

ـ ادارة التفتيش الفني : وتشكل برئاسة احد نواب رئيس المجلس وعدد كاف من المستشارين المساعدين، وتختص بالتفتيش فنيا على اعمال اعضاء مجلس الدولة من درجة مستشار مساعد فما دون، ورئيس ادارة التفتيش الفني هو الذى يقيم الدعوى التأديبية علي اعضاء مجلس الدولة، وادارة التفتيش الفنى هى التى تباشر الدعوى التأديبية قبل عضو المجلس بصفة عامة (المواد ٩٩ـ١٠١، ١١٣، ١١٨).

ــ المجلس الخاص للشئون الادارية : ويشكل برئاسة رئيس مجلس الدولة وعضوية اقدم سته من نواب رئيس المجلس ، وعند غياب احدهم او وجود مانـــع لديه يحل محله الاقدم فالاقدم من نواب رئيس المجلس (م/٦٨ مكرر مضافـــه بالقانون رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨٤) ، ويجتمع المجلس بدعوه من رئيسه ، وتكـــون جميع مداولاته سرية وتصدر باغلبية الاراء .

ويختص المجلس الخاص بابداء الرأى فى مشروعات القوانين المتصلــــة بمجلس الدولة ، والنظر فى تعيين اعضاء المجلس (عدا النواب والوكلاء) وتحديد اقدمياتهم وترقياتهم ونقلهم وندبهم خارج المجلس واعارتهم والتظلمات المتصلـة بذلك ، وكذلك سائر شئونهم على الوجه المبين فى القانون .

ــ مجلس التأديب : ويشكل من رئيس مجلس الدولة رئيسا وعضوية سته من نواب رئيس مجلس الدولة بحسب ترتيب الاقدمية ، ويختص بتأديب اعضاء مجلس الدولة ، ويخضع له جميع الاعضاء .

على ان ثمه ملاحظة جديرة بالاشارة اليها وهى : ما نلاحظه من تداخـــل بين المجلس الخاص للشئون الادارية ومجلس التأديب فى كثير من النواحى سواء من حيث التشكيل او الاختصاصات ، الامر الذى يخلق ازدواجية واشكالات فـــى العمل ، مما يتعين معه حسم مشكلات التنازع بينهما بنصوص تشريعية واضحة .

المطلب الثانى

وظائف مجلس الدولـــه

يبين لنا من العرض السابق ، ان لمجلس الدولة نوعان من الاختصاصات اختصاصات استشارية ، واختصاصات قضائية •

اما الاختصاصات الاستشاريه : فهى تلك التى انشأ من اجلها مجلـــس الدولة الفرنسى فى اول الامر ، وهى التى تجعل من مجلس الدولة مستشارا للدولة الاول فيما يعين لها من اموره كما تحيط المجلس بالصعوبات التى تواجههـــا الادارة ومستلزمات الحياة الادارية ، مما يساعده على اداء وظيفته القضائيـــة بتبصر ، ولكن يلاحظ فى الفترة الاخيرة ان الوظيفة القضائية لمجلس الدولـة قد احتلت مكان الصدارة ، بينما تراجعت الوظائف الاستشارية •

والوظائف الاستشاريه ، اما ان تتعلق بالافتاء او الصياغه والاعداد ويتولاها قسمى الفتوى والتشريع ، والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ـ علـــى نحو ما اوضحنا سلفا ـ •

والاختصاصات القضائية : يمارسها مجلس الدولة من خلال القسم القضائـى بمكوناته الخمس وهى : المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضاء الادارى ، والمحاكم الادارية ، والمحاكم التأديبية ، وهيئة مفوضى الدولة •

وهذه يتعين لدراستها الوقوف على تحديد الاختصاص القضائى لكـل مكون منها ، وبيان كيفية حسم اشكالات الاختصاص بين المحاكم القضائيـــة الادارية ، واخيرا بحث الموضوعات التى يختص بنظرها القضاء الادارى (المنازعات الادارية) •

وهذا هو موضوع الباب الثانى لهذا المؤلف •

الباب الثانى
قواعد اختصاص القضاء الادارى

تمهيد وتقسيم:

لاتثور مشكله تحديد قواعد الاختصاص ،الا حيث توجد جهتين قضائيتين (فى نظام القضاء المزدوج)، اذ يتطلب الامر وضع قواعد تحدد اختصاص كل منهما ، على انه مهما كانت هذه القواعد واضحة محددة ، فانها لن تمنع من نشوء حالات تنازع اختصاص بين هاتين الجهتين، بل ولن تحول دون صدور احكام قضائية متعارضه منهما ، مما يستلزم تنظيم طريقه لحل هذا التنازع او ازاله ذلك التعارض .

لذا يتعين دراسة كل من كيفيه توزيع الاختصاص ، او بالاحرى بحث مشكله معيار اختصاص القضاء الادارى . ثم بيان كيفية حل مشكله تنازع الاختصاص . ولما كان منهجنا فى الدراسة يقوم على الدراسة المقارنه بالنظام الفرنسى ،فيقتضى ذلك تقسيم هذا الباب الى فصلين، تتناول فى الفصل الاول قواعد الاختصاص القضائى فى فرنسا ، وفى الفصل الثانى ، تحديد قواعد الاختصاص القضائى فى مصر.

الفصل الاول
قواعد اختصاص القضاء الادارى فى فرنسا

تقسم هذا الفصل الى مبحثين : المبحث الاول ، ونخصصه لدراسة معيار اختصاص القضاء الادارى ، ونتناول فى المبحث الثانى كيفية حل التنازع على الاختصاص وازالة التعارض بين الاحكام.

المبحث الاول

معيار اختصاص القضاء الادارى

١ـ تحديد المشكله ٢ـ موقف المشرع الفرنسى من المشكلـــه
٣ ـ موقف الفقه والقضاء من المشكله •

اولا : تحديد المشكلة : يجب علينا الا تخلط بين مشكلتين متميزتين بالطبيعـة ومنفصلتين وهما : مشكلة توزيع الاختصاص بين جهتى القضـــاء الادارى والقضاء العادى ، ومشكلة توزيع الاختصاص بنظر المنازعات الادارية بيـن محاكم جهة القضاء الادارى •

وقد انتهينا من بحث المشكلة الاخيرة، ورأينا ما لحقها من تطور علـى اثر المرسوم الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣، والذى قرر به المشرع الاختصاص العام للمحاكم الادارية ، وجعل اختصاص مجلس الدولة ـ بصفته محكمـة اول درجة ـ محددا محصورا فى مسائل معينة ، وذلك على العكس مما كان سائدا حتى عام ١٩٥٣•

اما المشكلة الاولى فهى محور دراستنا •

ثانيا: موقف المشرع الفرنسى من المشكله :

بالرجوع الى التشريع الفرنسى ، نجد ان المشرع قد اتخذ موقفا ايجابيا ، ولكنه يقترب كثيرا من السلبية • كيف ؟ •

فالمشرع الفرنسى اكتفى بوضع قاعدة عامة غامضة فى القانون الاساســى الصادر فى ١٦ ـ ٢٤ اغسطس ١٧٩٠ تنص على انه " لايسوغ للقضاء العادى ان ياتى ما من شأنه ان يؤثر فى نشاط الادارة ، ولا ان يجبر رجال الادارة على المثول امامه بسبب وظائفهم " فمتى يكون تدخل القاضى العادى مؤثـرا فى نشاط الادارة ؟ هذا مالم يوضحه المشرع • لذلك نحن نتفق مع الـرأى الذى يقول ان المشرع اراد ان يترك للقضاء نفسه مهمة وضع هذا المعيار ،

ولذلك كانت المعايير المختلفة لتوزيع الاختصاص من وضع القضاء الفرنسي ذاته (محكمة التنازع ـ مجلس الدولة ـ محكمة النقض) [1] .

ثالثا : موقف الفقه والقضاء من المشكلة :

تردد الفقه والقضاء بين عدة معاييره على ان اول مانلاحظه على هذه المعايير انها تطورت تبعا لتطور الاساس الذى بنى عليه القضاء الادارى ، وتردد هذا المعيار بين الاتساع والضيق على الوجه الاتى : .

١ ـ معيار الادارة طرفا في المنازعة : ويلاحظ ان هذا المعيار واسعا جدا ، بحيث ادى الى اختصاص القضاء الادارى الى أقصى الحدود ، اذ كان يشمل جميع المنازعات التى تكون الادارة طرفا فيها ، ويفسر ذلك ان الادارة كانت تستهدف بانشاء مجلس الدوله تحقيق استقلالها التام فى مواجهة المحاكم العادية .

٢ ـ معيار السلطه العامة : وابتداء من النصف الثانى للقرن ١٩ ، اخذ القضاء يميز بين نوعين من اعمال الادارة ، اعمال السلطة العامة actes de-puissance-pubeique والاعمال والتصرفات الشبيهة بتصرفات الافراد ـ actes de gestion ـ واصبح مناط اختصاص المحاكم الادارية ان تكون مناط اختصاص المحاكم الادارية ان تكون المنازعه متعلقه بعمل من اعمال السلطة العامة . اما التصرفات العادية التى تأتيها الادارة فتكون من اختصاص المحاكم العادية . وقد ترتب على هذا المعيار التضييق من دائرة اختصاص مجلس الدولة ولكنهم حاولوا بعد ذلك ارجاع التصرفات هذه (التصرفات العاديه) الى اختصاص القضاء الادارى بتطبيق نظرية الدولة المدينة L'Etat - debiteur ، وهى النظرية المانعه للقضاء العادى من تقرير مديونيه الدولة ، والتى تستند الى قانون ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣ .

---

(١) د . محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص٢٠٨ .

٣ ـ معيار المرفق العام: عدل القضاء عن المعيار السابق ابتداء من ١٨٧٣ بمناسبة قضية بلانكو Blanco ، حيث اخذت محكمة التنازع بمعيار جديد هام مازال معمولا به حتى الان ، وهو "معيار المرفق العام" ومقتضاه يكون القضاء الادارى مختصا كلما كان النزاع متعلقا بتنظيم او سير مرفق عام ، وسواء اكانت الادارة تتصرف تصرفات عاديه او باعتبارها صاحبة سلطة وقد امتد نطاق هذا المعيار ليشمل فضلا على المرافق العامة القومية ، المرافق العامة التابعة للهيئات المحلية .

ويبرر هذا المعيار الاساس الجديد الذى يبرر وجود المحاكم الادارية ، وهو وجود قاضى متخصصا .

وقد ترتب على هذا المعيار توسيع اختصاصات مجلس الدولة ، نظرا لان تنظيم المرافق العامة وسيرها ، يستنفدان جل نشاط الادارة ، وهو المعيار المأخوذ به فى فرنسا الى الان ، وان كان قد طرأ عليه بعض الاستثناءات منذ الحرب العالمية الاولى .

الحالات الاستثنائية على معيار المرفق العام:

١ ـ اختصاص المحاكم العادية بناء على نص القانون : ويعنى اختصاص القضاء العادى بنظر طائفه من المنازعات على الرغم من تعلقها بسير مرفق من المرافق العامة ، بناء على نصوص صريحه فى القوانين مثل : المنازعات المتعلقة بالضرائب غير المباشرة (قانون ٥ فنتوز السنه ١٢) .

والمنازعات المتعلقة بالنقل بواسطة البريد (قانون ١٢ يوليه ١٩٠٥) ، ودعاوى مسئولية المدن عن الاضرار الناجمة عن الاضطرابات والمظاهرات (قانون ١٦ ابريل ١٩١٦) .

٢ ـ المنازعات المتعلقة بمرفق القضاء العادى : ولكن هذه القاعدة ليست مطبقه على اطلاقها فهى تسرى بالنسبة للاجراءات التى تتخذها الهيئات القضائية سواء اكانت اعمال قضائية او ولائيه او متعلقه باجراءات تنفيذ الاحكام

او تنفيذ العقوبات ، ولاتمتد الى المسائل المتعلقة باجراءات انشاء وتنظيم المحاكم ونظام رجال القضاء .

٣ ـ المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية ، والمرافق العامة المهنيه او الطائفيه والمشروعات المؤممة .

٤ ـ المنازعات المتعلقة بحالة الاشخاص (الحالة الشخصية ـ الزواج ـ البنوه ـ الموطن ـ الاسم ـ الجنسيه) .

٥ ـ المنازعات الناشئه عن اعتداء الادارة على الملكية الخاصة والحريات :

ويفسر هذا الرغبه في اضفاء اكبر قدر من الحماية والرعاية لملكيات الافراد وحرياتهم ، وان القضاء العادى هو حصن الحماية والراعى الامين لها .

٦ ـ اعمال الاعتداء المادى : Le- voie- de fait واذا كان من غير الميسور تحديد اعمال الاعتداء المادى ، فان معظم الفقهاء يشترطون توافر ثلاثة عناصر لتحققها :

أ ـ ان يكون العمل الادارى مشوبا بعيب جسيم يخرجه عن كل حدود المشروعية او يجعله منبت الصلة بالاعمال الادارية .

ب ـ ان يتضمن العمل الادارى اعتداء على الملكية الخاصة او على احدى الحريات الفردية .

جـ ـ ان يدخل العمل الادارى المشوب بالعيب الجسيم حيز التنفيذ او ان يكون ثمة تهديد حقيقى بالتنفيذ .

ومن اشهر احكام مجلس الدولة في هذا المجال حكم كارلييه Carlier في ١٨ / نوفمبر ١٩٤٩ ، اذ اعتبر مجلس الدولة اعمال المصادرة والقبض والاعتقال التى حدثت للسيد / كارلييه اثناء محاولته زيارة احدى الكاتدرائيات الاثرية . من اعمال الاعتداء المادى التى لاصلة لها بوظائف الادارة ، وقضى باختصاص القضاء العادى بنظر المنازعة فى ذلك .

الاختصاص التبعي لكل من الجهتين :

اذ قد يحدث ان يثار امام احدى الجهتين ـ وهى تنظر فى نزاع مما تختص به اصلا ـ نزاع يدخل فى اختصاص الجهة الاخرى ، ويكون الفصل فى النزاع الاصلى متوقفا على الفصل فى النزاع الفرعى . فماهو الحل ، هل تقوم الجهة المختصة بالنظر فى النزاع الاصلى بالفصل فى النزاع الفرعى ام تحيل فى شانه الى الجهة الاخرى ؟ .

هنا يتعين التفرقه بين ما اذا كانت الجهة المختصة اصلا بنظر النزاع هى القضاء العادى ام القضاء الادارى . فاذا ما اثير امام القضاء الادارى ، امر مما يدخل فى اختصاص القضاء العادى ورأى انه لايمكن الفصل فى النزاع الاصلى الا بعد الفصل فى النزاع الفرعى ، هنا القاضى الادارى ملزم بالاحالة الى القضاء العادى للفصل فى المسألة الاولية question prejudicielle وان يوقف الفصل فى الدعوى لحين صدور حكم القضاء العادى فى تلك المسألة .

اما اذا اثير امام القضاء العادى امر مما يدخل فى اختصاص القضاء الادارى ، فان القضاء العادى ليس ملزما دائما بالاحالة ، وانما له التصدى للمسألة الاولية والفصل فيها اعمالا للقاعدة القاضية ان قاضى الدعوى هو قاضى الدفع ، ويمكن التمييز بين الفروض الاتية (١) .

ـ حالة تفسير القرارات الادارية : يتعين التفرقة بين القرارات الادارية واللوائح ، والامر مستقر على ان المحاكم العادية لها الحق فى تفسير اللوائح (قياسا على حقها فى تفسير القوانين) ، ولكن ليس لها الحق ذاته فى حالة تفسير القرارات الادارية التى يشوبها الغموض والابهام .

---

(١) ا .د سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ، ص ٦٤ ـ ٦٧ والاحكام العديدة التى اشار اليها سيادته .

ـ حالة تقدير مشروعية القرارات الادارية : وهنا يتعين التفرقة بين ما اذا كان الاختصاص معقود للقضاء المدنى ام القضاء الجنائى . فاذا كان القضاء المدنى وجب عليه الاحالة الى القضاء الادارى مالم تكن اللائحة قد تضمنت اعتداء على حرية فردية اوحق ملكية (وهذا الحق قاصر على اللوائح التنظيمية العامة، دون القرارات الادارية الفردية) .

اما اذا كان القضاء الجنائى هو الذى ينظر فى الدعوى، فانه يتمتع باختصاص واسع فى الحكم على مشروعية القرارات الادارية الفردية والتنظيمية على السواء .

نخلص من ذلك ، الى ان قضاء مجلس الدولة الفرنسى واحكام التشريع الفرنسى لاتأخذ بمعيار واحد فى تحديد اختصاص كل من جهة القضاء العادى والقضاء الادارى، والحقيقة التى يمكن تقريرها ، ان اختصاص القضاء الادارى الفرنسى يتحدد وفقا لقواعد متنوعة، لايجمعها اصل واحد ، ولايمكن التسليم بان المعيار يتحدد فى معيار المرفق العام فحسب ، اذ ان هذا المعيار بقدر ماحظى من تأييد وانتشار ، بقدر ما يتعرض له من نقد ، حتى من اشد انصاره، فلقد كان معيار المرفق العام ومنذ حكم بلانكو الشهير فى ١٨٧٣ حتى النصف الاول من هذا القرن يكفى بذاته لتحديد اختصاص القضاء الادارى، الا انه قد ترتب على ذلك ان اتسع نطاق القضاء الادارى بصورة مذهلة ، تبين انه لابد من التضييق فيها ، وهنا نرى انصار هذا المعيار يتحمسون لالتجاء الادارة الى اساليب القانون الخاص، ومن ثم تعددت حالات الخروج على المعيار العام، واذا ما اردنا تحديد المعيار الذى يتحدد على اساسه قواعد اختصاص القضاء الادارى ، فيمكننا ان نقول ، انه معيار ثلاثى يخلص فى [1]:

---

(١) فى تفصيلات ذلك، راجع رسالتنا الدكتوراه ، سابق الاشارة اليها .

ان تكون الادارة طرفا فى المنازعة بوصفها شخص من اشخاص القانـــــون العام ، وان تتعلق المنازعة بمرفق عام سواء فى تنظيمه او تسييره او استغلالــه او ادارته ، وان تتبع الادارة فى ذلك اسلوب القانون العام ، وهو اسلوب غـــير مألوف فى القانون الخاص ، والى ذلك يمكن ان ترد المعايير التى سبق تناولها •

المبحث الثانى
كيفية حل اشكالات التنــازع
على الاختصاص

١ ـ المشكله　　　٢ ـ تشكيل محكمة التنازع　　　٣ ـ اختصاصها •

المشكلة : قلنا انه مهما كانت قواعد وضوابط الاختصاص واضحة او محددة فى نظام القضاء المزدوج ، فان احتمال نشوء حالات تنازع على الاختصاص بينهمــــا يكون امرا واردا ، ويزداد هذا الاحتمال اذا كان المشرع قد وضع مبدأ غامضـــا فى ذلك ، تاركا للقضاء مهمة توزيع الاختصاص ووضع معاييره وضوابطه ، كما حدث فى فرنسا • ولتنازع الاختصاص صورا متعددة ، فضلا عن وجود تعارض الاحـــكام ونجيب فى هذا المبحث على التساؤل حول الكيفيه التى تحل بها التنازع علـــى الاختصاص وتعارض الاحكام فى النظام الفرنسى •

ومن المنطقى ان تتوافر عدة شروط فى الهيئة والجهة التى يناط بها ذلك ، اهمها ان تكون جهة قضائية (محكمة) لانها تفصل فى منازعة قضائية وبين جهتين قضائيتين ، ولا يتصور ان تكون جهة ادارية او سياسية (كما كان الحال فى فرنسا ابان فترة الثورة ، اذ انيط برئيس الدولة اختصاص الفصل فى المنازعات الادارية ، بصفته رئيس الادارة العامة ، ومن ثم كانت السلطة التنفيذية هى التى تتولـــى الفصل فى حالات التنازع على الاختصاص) •

وثانى هذه الشروط ، ان تكون الجهة التى يوكل اليها امر حل تنــــازع

الاختصاص جهة مستقلة ضمانا للحيدة والموضوعية ، واخيرا ان تكون لاحكامها الحجية بحيث تفرض على الكافة ،فيلتزم بها الجهتان معا .

لهذا فقد تم انشاء محكمة التنازع Tribunal dos conflits بقانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ ، وخولت مهمة الفصل فى حالات تنازع الاختصاص (اياكان صورها) ، وكذا حسم مشكله تعارض الاحكام .

وجدير بالذكر انه لم يكن ممكنا انشاء محكمة التنازع هذه قبل ذلك التاريخ ، لانه لم يوجد مجلس الدوله (كجهة قضائية) بمعنى الكلمة قبل ذلك ، اذ كان اختصاصه قبل سنه ١٨٧٢ من قبيل القضاء المحجوز ، ومنذ عام ١٨٧٢ تحول الى القضاء المفوض ، وهو ما يمكن اعتباره جهة قضائيه يمكن التنازع معها من جانب جهة القضاء العادى .

وعلى ذلك ، يجب علينا ان ندرس اولا : تشكيل محكمة التنازع ثم نبين اختصاصها .

اولا : تشكيل محكمة التنازع : روعى فى تشكيل المحكمة ان تكون ممثلة لكل من جهتى القضاء الادارى والعادى ، فهى تتكون من وزير العدل رئيسا ، وثلاثة مستشارى محكمة النقض (يختارهم زملاؤهم) ، وثلاثة من مستشارى مجلس الدولة (يختارهم زملاؤهم ايضا) ، وعضوية اخرين اساسيين ، (وعضوين احتياطيين) ، يختارهم الاعضاء السبعه المذكورون .

وهؤلاء جميعهم (الاعضاء التسعة الاصليين والعضويين الاحتياطيين) يجوز تجديد عضويتهم كل ثلاث سنوات ، كما يلحق بالمحكمة بعض مفوضى الدولة .

وقد كان اسناد رئاسة هذه المحكمة لوزير العدل موضع انتقاد البعض ، لانه بحكم منصبه (كممثل للسلطة التنفيذية) يخشى ان يحابى الادارة فيميل الى ترجيح جانب القضاء الادارى ، وذلك لطبيعه الحال ـ فضلا ـ عن انه قد لاتتوافر لديه الخبرة القانونية الكافية ، ولكن الواقع اثبت ان الوزير لايتدخل الا عند انقسام الاراء بدرجة متساوية وهو ما لم يحدث الا نادرا ، كما لم تثبت الوقائع انحياز وزير العدل الى جانب القضاء الادارى او الى غيره على الاطلاق .

ثانيا : اختصاص محكمة التنازع : تختص هذه المحكمة بالفصل فى حالتى التنازع الايجابى او السلبى ، على انه قد اضيفت الى وظيفتها هذه اختصاص جديد بمقتضى قانون ٢٠ ابريل سنه ١٩٣٢ وهو ازالة التعارض بين الاحكام . ويلاحظ اختلاف وظيفة المحكمة باختلاف نوع التنازع من جهة ، كما تختلف الاجراءات تبعا لنوع التنازع من جهة اخرى .

ونوضح ذلك على الوجه التالى :

١ ـ التنازع الايجابى : Conflit-positif (وصورته تمسك جهتى القضاء العادى والادارى باختصاص النظر فى دعوى معينه) واول خصائص هذا النوع انه مقرر لحماية الادارة ، فالمشرع الفرنسى قد نظم اجراءات الفصل فى التنازع الايجابى لصالح الادارة وحدها ، لا لحماية القضاء الادارى ، ومن ثم فان هذا النوع من التنازع يعمل فى حالة واحدة هى حالة نظر المحاكم العادية دعوى تعتقد الادارة انها من اختصاص المحاكم الادارية ، فتحتكم الادارة حينئذ الى محكمة التنازع بقصد انتزاع القضية من يد القضاء العادى ، وهذا ما يفسر لنا لماذا قصر المشرع حق رفع النزاع فى هذه الحالة على الادارة وحدها (رفع النزاع يكون من جانب واحد) ، ولم يعط الافراد الحق فى رفع النزاع الى محكمة التنازع .

والسلطه المختصة برفع النزاع هى المدير Le prefer (المحافظ المختص) ، وذلك حتى لا يرفع النزاع الا فى الحالات الهامة . والقاعدة المسلم بها ان المحافظ المختص باثارة التنازع الايجابى هو المحافظ (المدير) الذى تقع المحكمة التى تنظر الموضوع لاول مرة فى محافظته ، بغض النظر عن موقع المحكمة الاستئنافية .

وهناك حالات محدودة يمتنع فيها على المحافظ ان يحرك التنازع الايجابى وهى :

- في مجال القضاء الجنائي ، محافظة على السرعة والفاعلية .
- الاعتداء على الحرية الفردية ، بمقتضى نص م/١٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية .
- واخيرا لايمكن رفع النزاع الا مرة واحدة في كل دعوى .

وقد نظم المشرع اجراءات ومواعيد نظر التنازع ، كما اوجب أن تفصل محكمة التنازع في الدعوى خلال ثلاثة اشهر [1] . وحكم محكمة التنازع غير قابل للطعن باى طريق من طرق الطعن . واذا ما فصلت المحكمة (التنازع) في الدعوى ، فان حكمها ينتهى عادة الى احد احتمالات اربعة :

- اما ان تقضى بعدم قبول الدعوى لعيب في الاجراءات (لمخالفة اجراءات تقديم طلب التنحى عن نظر الدعوى ، وهى الاجراءات الخاصة التى تطلبها المشرع عند رفع الطلب من المحافظ المختص) . ولكن المحافظ يملك اعادة الاجراءات امام محكمة الاستئناف بعد تصحيحها .
- واما ان تقضى بالاوجه لنظر الدعوى .
- واما ان تقضى بالغاء قرار التنازع ، فتؤيد بذلك اختصاص محكمة الموضوع بنظر الدعوى .
- او اخيرا تقض بتأييد قرار التنازع ، فتخرج الدعوى من اختصاص القضاء العادى .

٢ـ التنازع السلبي : Conflit negatif ، وصورته ان تحكم كل من جهتى القضاء (العادى والادارى) بعدم الاختصاص بنظر نزاع معين اعتقادا بان الجهة الاخرى هى المختصة هنا يلاحظ ان الادارة لايتصور أن تضار انما الذى يضار هو الفرد الذى رفع الدعوى ، اذ انه لايجد جهة قضائية تقضى له بما يدعى من حق ، فادعاء كل من جهتى القضاء عدم اختصاصها بنظر النزاع ، فضلا من انه ينطوى على مخالفة قواعد الاختصاص ، فانه يؤدى الى انكار العدالة ،

---

(1) راجع في تفصيلات ذلك : أ .د. سليمان الطماوى ، المرجع السابق ص٦٨ ومابعدها ، د . محمود حافظ ، المرجع السابق ص٢٠٣ ومابعدها ، والاحكام العديدة لمحكمة التنازع والتى اشارا اليهما سياداتهما .

لذلك كان هدف المشرع من تنظيم اجراءات التنازع السلبى هو احترام قواعد الاختصاص من زاويه احترام الحقوق الفردية ، وتعيين الجهة المختصة بنظر النزاع فى دعاوى الافراد ، ومن ثم تقرر الحق للفرد فى رفع النزاع الى محكمة التنازع ، فيقدم طلب الى محكمة التنازع ، وتكون مهمة هذه المحكمة هى اصدار حكم ببطلان احد الحكمين بعدم الاختصاص (وهو بالطبع الحكم الصادر بعدم الاختصاص من الجهة التى ترى محكمة التنازع انها المختصة بنظر النزاع) .

والجدير بالذكر ان المشرع الفرنسى قد تدخل حديثا ، ونظم اجراءات هذا النوع من التنازع باختصار الاجراءات ، وذلك بمقتضى المرسوم الصادر فى ٢٥ يوليو سنه ١٩٦٠ .

وهنا ايضا نؤكد ، ان حكم محكمة التنازع غير قابل للطعن لاى وجه من اوجه الطعن .

٣ـ تعارض الاحكام Conflit de decisions وهى صورة مستحدثه بمقتضى قانون ٢٠ ابريل سنه ١٩٣٢ ، وتشبه هذه الصورة صورة التنازع السلبى من حيث تضمنها ـ مثلها ـ انكارا للعدالة ، لان صاحب الحق قد صدر فى مواجهته حكمان متعارضان ، وهذا التعارض يؤدى الى عدم امكان وصوله الى حقه ، وبينما فى حالة التنازع السلبى تكون امام حكمين بعدم الاختصاص فى دعوى واحدة ، نكون فى حالة تعارض الاحكام بصدد حكمين متعارضين صادرين فى دعويين مختلفين .

مثال ذلك قضية Rosay ، وتتلخص وقائعها فى حدوث تصادم سيارة مملوكه لاحد الافراد وسيارة تابعة لمصلحة حكومية ترتب عليها اصابه احد الركاب السيد روزاى (Rosay) ، فرفع الاخير دعوى تعويض على قائد السيارة الخاصة امام المحكمة المدنية ، فقضت هذه باختصاصها ، ولكنها حكمت برفض الدعوى من حيث الموضوع على اساس عدم مسئولية قائد السيارة الخاصة ، فرفع الفرد

المضار دعوى تعويض على الادارة امام المحكمة الادارية ، فقضت بدورهـا برفض الدعوى من حيث الموضوع على اساس عدم مسئولية قائد السيارة الحكومية .

كلا المحكمتين حكمت باختصاصها بنظر النزاع ، ولكنهما حكمت برفض الدعوى من حيث الموضوع ، ولاشك هناك تعارض بين الحكمين ، لانه لابد من وجود مسئول ولا ريب ان هذا التعارض يؤدى الى انكار العدالة ، من هنا تدخل المشرع واصدر قانون ٢٠ ابريل سنه ١٩٣٢ بمنح محكمة التنازع الاختصاص بازالة هذا التعارض وكان نظر هذه القضية اول تطبيق للقانون المذكور امام محكمة التنازع .

وهنا يلاحظ ان محكمة التنازع تصدر فى هذه الحالة حكما فى الموضوع ، ولاتكتفى باحالة النزاع الى القضاء المختص كما فى الصورتين السابقين — وحكمها — ايضا لايقبل الطعن باى طريق من طرق الطعن ، فاحكامها تتمتع بحجية الامر المقضى . La chose jugee

بمعنى ان المحكمة التى تحددها لايكون لها ان تقضى بعدم الاختصاص ، ولا ان تقيم قضاءها على اسباب تتعارض مع الاسباب التى اقامت عليها محكمة التنازع حكمها بالاختصاص .

وبغض النظر عن المكانه التى تشغلها محكمة التنازع فى فرنسا ، فان دورها ينحصر فى وضع قواعد الاختصاص ، ولكنها لاتملك ان تفرض وجهة نظرها فى التفسير الموضوعى للقوانين التى تطبقها كل من جهتى القضاء ، بل ان محكمة التنازع تطبق التفسير الذى تنتهى اليه محكمة النقض او مجلس الدولة ، ولو كان مخالفا لوجهة نظر سبق لها ابداؤها .

٤ — احالة الدعوى الى محكمة التنازع بواسطة المحاكم العادية او الادارية :

استحدث المشرع الفرنسى بمقتضى قانون ٢٥ يوليو سنه ١٩٦٠ نظاما بمقتضاه تتولى المحاكم نفسها — الادارية او العادية — احالة الامر الى محكمة التنازع ، وذلك بهدف تبسيط الاجراءات وتوفير الجهد والوقت على المتقاضين ، وقد نظم المرسوم

هذه الاحالة فى حالتين :

أ ـ الاحالة الاجبارية : وتكون بهدف تحاشى وقوع التنازع السلبـــى وصورتها تتحقق اذا اصدرت احدى المحاكم (العادية اوالادارية) حكما نهائيا بعدم الاختصاص بنظر قضية معينة ، ثم عرضت القضية على محاكم الجهة الاخرى فتأكد لهذه المحكمة (الاخيرة) عدم اختصاصها بنظر هذه الدعوى ، فى هـــذه الحالة اوجب المشرع على المحكمة الثانية احالة الامر الى محكمة التنازع ، وان توقف السير فى نظر الدعوى ، وقرارها بالاحالة نهائى غير قابل للطعن فيه بـأى وجه من اوجه الطعن ، وبذلك عمل المشرع على تفادى حدوث التنازع السلبى .

ب ـ الاحالة الاختيارية ، وتكون بهدف حل مشكله جدية متعلقـــة بالاختصاص ، وصورتها ان يثار نزاع امام محكمة النقض او مجلس الدولة يتعلق بمشكلة دقيقه حول الاختصاص ، ويتصل بمبدأ الفصل بين السلطات (الادارية والقضائية) فى هذه الحالة يجوز للمحكمة المذكورة (النقض او مجلس الدولة) احالة الامر الــى محكمة التنازع للفصل فى مسألة الاختصاص ، واشترط المشرع لذلك تسبيـــب قرار الاحالة ، كما نص على انه قرار نهائى لايقبل الطعن عليه باى طريق مـــن طرق الطعن ، وهنا يلاحظ ان المشرع قصر حق الاحالة على المحكمة العليـــا لكل من جهتى القضاء العادى والادارى ، ولم يتركها للمحاكم الادنى درجـــة ، وذلك بهدف البت فى مشكلات الاختصاص الدقيقه [1] .

هذا عن قواعد توزيع الاختصاص القضائى فى فرنسا وكيفيه حل اشكالات التنازع فما هو الوضع فى مصر؟ وذلك ما سوف نعرض له فيما يلى :

---

(١) مراجع هذا الفصل : أ ـد الطماوى ، المرجع السابق ص٤١ وما بعدها ، د ـ محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص٢٠٧ وما بعدها ، د ـ فؤاد العطار ، المرجع السابق ص٨٦ وما بعدها ، د ـ محمد ميرغنى ، المرجع السابق ، ص٩٣ وما بعدها .
ومن الفقه الفرنسى :

Waline , op. cit., pp. Jo et suiv., De Laubadere , op., ait. pp. 380 et suiv .

الفصل الثانى
قواعد اختصاص القضاء الادارى
فى مصر

تمهيد وتقسيم : عندما تأخذ الدولة بنظام القضاء المزدوج (كما هو الحال فى مصر منذ سنة ١٩٤٦) ، فانها تسلك واحدا من مسلكين لتحديد اختصاص جهة القضاء الادارى فاما ان تأخذ بنظام الاختصاص المحدود ، فينص صراحة على المسائل التى تكون من اختصاص القضاء الادارى ، وذلك على وجه التحديد وعلى سبيل الحصر ، بحيث تكون المحاكم الادارية ذات اختصاص محدود Tribunaux d'attribuiton ، فلا تنظر الا فى هذه المسائل ، ويكون الاختصاص بما عداها للمحاكم العادية . واما ان يأخذ بنظام الاختصاص الشامل (اى وفقا لمعيار عام) ، فيجعل من محاكم جهة القضاء الادارى محاكم ذات ولاية عامة Tribunaux de droit commun فى نظر المنازعات الادارية . فتكون هذه المحاكم هى المختصة بنظر كل المنازعات الادارية ، ولا يخرج من اختصاصها الا ما نص عليه صراحة ، وجعل من اختصاص جهة اخرى .

وقد رأينا ان المشرع الفرنسى ، قد اخذ بالنظام الثانى ، فجعل القضاء الادارى ذات ولاية عامة فى نظر المنازعات الادارية ، وكانت هذه الولاية الشاملة لمجلس الدولة الفرنسى ، وكانت مجالس المديريات " المحاكم الادارية " صاحبة الاختصاص المحدود ، حتى صدر مرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ ، الذى قلب الوضع ، فجعل مجلس الدولة ذا اختصاص محدود ، وحول مجالس المديريات (والتى اطلق عليها اسم المحاكم الادارية) الى محاكم ذات اختصاص شامل .

وقد اثر المشرع المصرى عند انشاء مجلس الدولة لاول مرة فى مصر عام ١٩٤٦ ان يلجأ الى اسلوب الاختصاص المحدود ، وظل على ذات الحال فى القوانين المعدلة لنظام مجلس الدولة (فى اعوام ١٩٤٩ ، ١٩٥٥ ، ١٩٥٩) ، حتى عدل

المشرع عن موقفه واخذ باسلوب الاختصاص الشامل ، وذلك فى القانون الحالى لمجلس الدولة رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ ، وان كان قد نص صراحة على اهم المسائل التى تندرج فى اختصاص القضاء الادارى ، ثم عقب ذلك بايراد المعيار العام ، فجاء نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة (وهى المادة التى حددت الاختصاص الوظيفى لمجلس الدولة) على النحو التالى :

تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الاتية :

اولا : الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية

ثانيا : ....

....

(رابع عشر) سائر المنازعات الادارية

ولما كانت هناك اربعة انواع من المحاكم الادارية فى مصر وهى : المحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية والمحاكم التأديبية تتطلب الدراسة تناول كيفية توزيع الاختصاص بينهما .

واذا كان المعيار العام (مهما كان واضحا) لم يمنع من نشوء حالات تنازع اختصاص بين جهتى القضاء ، بل ولن يحول دون صدور احكام قضائية متعارضة بينهما ، فانه يكون لازما تنظيم طريقه لحل هذا التنازع ، او ازالة ذلك التعارض .

هذه الموضوعات الثلاثه تشكل جوهر البحث فى مجال القضاء الادارى لذا ستكون موضع النصيب الاوفر من عنايتنا .

وسنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث

المبحث الاول : المعيار العام فى تحديد اختصاص القضاء الادارى

المبحث الثانى : كيفية توزيع الاختصاص بين محاكم القسم القضائى بمجلس الدولة .

المبحث الثالث : كيفيه حل التنازع على الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والادارى .

ونعرض لها تفصيلا — على النحو التالى — :

المبحث الاول
المعيار العام فى تحديد اختصاص القضاء الادارى فى مصر

لم يكتف المشرع المصرى فى قانون مجلس الدولة الحالى (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) بالنص على المعيار العام الذى تتحدد على اساسه اختصاص القضاء الادارى ، وانما ذكر فى المادة العاشرة منه ، بعض المسائل المحددة باعتبارها من اختصاص مجلس الدولة دون غيره • ويقتضينا ذلك ان نعرض اولا للمعيار العام ، ثم نعرض بعد ذلك الاختصاصات التى عددتها المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة •

المطلب الاول
المعيار العام
(سائر المنازعات الادارية)

موقف الفقه — موقف القضاء — رأينا الخاص — خصائص المنازعة الادارية

يمكننا أن نقول — بحق — لقد تحول وجه تاريخ القانون الادارى المصرى ، وبدأ عهدا جديدا بالنص فى م/١٧٢ من الدستور على انه : " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى " •

وبطبيعة الحال فقد صدر قانونا مجلس الدولة (رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢) والسلطة القضائية (رقم ٤٦ لسنه ١٩٧٢) الجديدان متمشيان مع هذا الاصل الجديد ، اذ بعد ان عددت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة تعدادا طويلا (منقولا تقريبا عن القانون السابق) ، قضت على ان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل

فى المسائل الاتية : ... (رابع عشر) : " سائر المنازعات الادارية " ، كما نصت م/١٥ من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنه ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على انه : " فيما عدا المنازعات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة ، تختص المحاكم العادية بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص " .

وبذلك فقد صارت " المنازعة الادارية " والدعاوى التأديبية " هى المعيار العام لاختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، ولم يعد ذلك القضاء مقيدا بنص القانون (اى محددا) ، كما كان الحال فى ظل قوانين مجلس الدولة المتعاقبة .

ويقتضى بحث المعيار العام ، النظر اولا فى تحديد معنى المنازعة الادارية التى جعلتها م/١٧٢ من الدستور مناطا للاختصاص العام والشامل للقضاء الادارى .

موقف الفقه : اتفق الفقه فى مجموعه على ان التعديلات الجديدة ، قد جعلت مجلس الدولة مختصا بسائر المنازعات الادارية ، وهو ما يترتب عليه امكانية ان يختص مجلس الدولة بمنازعات لم يكن يختص بها فى ظل قوانينه السابقة ، والتى كانت تحدد اختصاصه على سبيل الحصر .

ولكن الفقه اختلف وتباينت وجهات النظر عند بحث المعيار الذى يتحدد به اعتبار المنازعة ادارية ، خاصة وان الفقه الفرنسى لم يحدد تعريفا للمنازعة الادارية ، اذ انه درج على الاكتفاء بالمعيار العام للاختصاص عن محاولة تعريف هذه المنازعة . ولكننا فى مصر نحتاج هذا التعريف لانه صار معيارا عاما للاختصاص .

وبالرجوع الى كتابات الفقه ، نجد ان معظم الفقه لم يتجه صوب تعريف المنازعة الادارية ـ وكذا القضاء ـ ، وانما اكتفى فى ذلك بوضع ضوابط محددة ، اذا ما توافرت كنا بصدد منازعة ادارية كأن تكون الجهة الادارية طرفا فى النزاع او يتعلق النزاع بمرفق عام او ان تتبع الجهة الادارية اسلوب السلطة العامة .

ولعل الرأى الوحيد — على مانعلم — الذى اعطى تعريفا للمنازعة الادارية ، هو الدكتور مصطفى كمال وصفى ، اذ عرفها بانها "الاجراءات القضائية التى تتخذ امام القضاء الادارى للمطالبة باثر من الاثار المترتبة على علاقة ادارية "(١).

على ان هذا التعريف من الصعوبة بحيث يحتاج الى تعريف ، وقد اعترف صاحبه بذلك اذ يقول : " ولايعيب هذا التعريف الا انه ينقل الصعوبة من نقطة "المنازعة الادارية" الى لفظ "العلاقه الادارية" ، ونوضح ان العلاقه الادارية هى — ببساطه — علاقه تقوم بين الجهة الادارية وغيرها — فردا او جهة ادارية اخرى — تجعل هذا الغير فى مركز المحكوم للجهة الادارية التى قامت معها هذه العلاقه (وبمعنى اخر تكون هذه العلاقه من علاقات القانون العام ، اى يكون المركز الناشئ عنها من مراكز القانون العام — اى القانون الادارى — ، ويضيف قائلا " والقول بان العلاقه الادارية من شأنها ان تخضع الفرد للسلطان الادارى ، ليس القاء بالمسألة فى احضان معيار السلطة العامة كأساس للقانون الادارى ، بل هى تعتمد الى حد كبير على الفكرة المرفقيه ، ليس بمعناه الموضوعى ، وانما بمعناه الشكلى : اى الجهاز القائم على تنفيذ الخدمة العامة — وبذلك تكاد فكرة المرفق ان تشاطر فكرة السلطة الادارية فى هذا التحديد .

موقف القضاء من المنازعة الادارية :

يمكن القول بوضوح ان القضاء الادارى فى مصر مستقر على ان المنازعة تعتبر ادارية ، متى توافرت فيها ثلاثة شروط : ان تكون الادارة طرفا فيها ، وان تتعلق

---

(١) راجع : د . مصطفى كمال وصفى ، اصول اجراءات القضاء الادارى ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٧٢ ، ص١٧ ومابعدها ، وبقال له — ايضا — بعنوان ، "مجلس الدولة القاضى العام للمنازعات الادارية" ، مجلة العلوم الادارية ، العدد ٣/ ، سنة ١٩٧٢ ، ص٧ ومابعدها .

بمرفق عام بمناسبة تسييره او ادارته او تنظيمه، وان تتبع الادارة فيها اسلوب القانون العام (اى يبتدى فى مسلكها وجه السلطه العامة" . وعلى اساس ذلك ـ القضاء الادارى اختصاصه الى نظر دعاوى التعويض عن الاعمال المادية الخاطئة للادارة، طالما صدر منها هذا الخطأ بمناسبة تسيرها لمرفق عام، وفقا لاساليب القانون العام، ومادام يتبدى فيه ـ فى مسلك الادارة ـ وجه السلطة العامة فى تسيرها للمرفق العام الذى حدث الخطأ بمناسبة تسييره (١) .

وكذا المحكمة الدستورية العليا، على ضرورة توافر هذه الشروط مجتمعة فى المنازعة لجعلها منازعة ادارية (٢) .

رأينا فى الموضوع: نحن لانميل الى وضع تعريفات فقهيه للاصطلاحات القانونية كالمنازعة الادارية او الجريمة التأديبية، لان اى تعريف مهما روعى فيه من الدقة، لايمكن ان يكون جامعا مانعا شاملا لكل مايندرج تحت الاصطلاح الذى يراد ضبطه ولذلك نفضل ـ دائما ـ ان نستند التعريف الى ابراز معظم خصائص المصطلح .

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك : رسالتنا للدكتوراه سابق الاشارة اليها والاحكام العديدة التى اشرنا اليها فى الباب الاول . ومن الاحكام الحديثه جدا انظر: الادارية العليا فى الطعون ١١٤٤ لسنه ٢٤ ق فى ١٩٨١/٤/٢٥ ـ غير منشور . والطعن ٨٧٨ و ١٠٢١ لسنه ٢٦ ق فى ١٩٨٢/١٢/٢٧ ، الطعن ١٠٥٨ لسنه ٢٦ ق فى ١٩٨٢/٢/٢٠، الطعن ١٣٨ و ١٧٩ لسنه ٢٨ ق فى ١٩٨٤/٤/١٤ ، مجموعة السنه ٢٩ ـ العدد الثانى ـ سنه ١٩٩٠، ص ١٠٠٥ .

(٢) انظر: حكم الدستورية العليا فى القضية رقم ٥ لسنه ١ تنازع، فى ١٩٨٠/١/٥ مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الاول، ص ٥٣٩، حكمها فى القضية رقم ١٠ لسنه ١ ق دستورية، فى ١٩٨٢/٥/١٦ ـ المجموعة الجزء ٢/ ص ٥٠، القضية رقم ٦ لسنه ٤ ق تنازع فى ١٩٨٤/١/٧، المجموعة الجزء ٣/ ص ٣٧٤، وايضا حكمها فى القضية رقم (١) تنازع لسنه ١٢ ق فى ١٩٩١/١/٥ مج الجزء ٤/ ص ٥٣٦ .

والمنازعة الادارية (وكذا الجريمة التأديبية)، غنيه بمضمونها ، ومن ثم فـلا يسهل ولايجوز تحديد معناها بجانب واحد من جوانبها الكثيرة، لان كل جوانبها بغير حذف هو معناها (١).

وعلى ذلك فانه ينظر في تعريف المنازعة الادارية، الى كل المعايير التى قيلت في هذا الشأن، ولايمكن الوقوف فيها عند واحد — فقط — من هذه المعايير فيجب أن ينظر الى طبيعة النشاط الذى يمارسه اطرافه والقانون الواجب التطبيق على النزاع، كما ينظر الى مدى تمتع الادارة بوسائل السلطة العامة، فكل هـذه الامور مجتمعة تصلح معيارا للمنازعة الادارية واساسا لتعريفها .

<u>خصائص المنازعة الادارية</u> : للمنازعة الادارية خصائص تجعلها مختلفة عن المنازعات الغير ادارية، وتستمد هذه الخصائص — كما أوضحنا — من تنظيم الجهة التى تنظر هذه المنازعات ، ومدى ولاية هذه الجهة، كما تستمد — أيضا — من نوع العلاقه التى تنشأ عنها هذه المنازعات، وكذلك من نوع التشريعات التى تطبق على المنازعة .

<u>فمن حيث الجهة التى تنظر المنازعات الادارية</u> : فهى مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، ودرجات التقاضى فى مجلس الدولة وجهات الطعن وقواعد الاختصاص امام هذه الجهات تختلف عما هو متبع فى القضاء العادى .

<u>ومن حيث ولاية القاضى الادارى</u> : فهى ولايه محدودة، اذ ان القضاء لايحل محل الادارة فى وظيفتها ، ولايحكم الا بالالغاء او التعويض او الاستحقاق وكذا النظر فى طلبات وقف التنفيذ واثبات الحالة فى المنازعات الادارية .

---

(١) راجع فى ذلك : مؤلفنا تأديب العاملين فى الحكومة والقطاع العام، الطبعة ٢/ ، سنة ١٩٨٦، القاهرة ، ص ٤١ ومابعدها ، وانظر د . محمد ميرغنى خيرى ، اختصاص مجلس الدولة المصرى بين العمومية والتحديد ، مجلة العلوم الادارية — العدد ٢/ ، ديسمبر ١٩٧٧، ص ٦٥ ومابعدها .

ومن حيث نوع العلاقة التي تنشأ عنها المنازعة : فان المنازعة الادارية تتأثر بسبب نوع العلاقة التي تنشأ عنها ، فهى منازعة احد طرفيها جهة ادارية ، ذات ولاية وسلطه على الطرف الاخر ، اذ يلاحظ ان طرفي المنازعة غير متساويين فى مركزهما ، واحدهما — وهو الادارة — تتمتع بامتيازات ظاهره ، والاخر — وهو الفرد — مجرد من هذه الامتيازات وخاضع للطرف الاخر ، كما تتميز المنازعة الادارية بان اجراءاتها استيفائية كتابيه ، يوجهها جهاز القضاء الادارى ، دون تقيد بطلب الخصوم ، وتؤدى هذه الخصيصه الى تبسيط الاجراءات ، اذ يتم اخطار الخصوم بالطريق المكتبى بناء على امر المفوض او القاضي ، وهى فى الغالب منازعة موضوعية (وقليل منها منازعات ذاتية — (دعاوى المسئولية)) .

واما من حيث نوع القواعد التي تحكم المنازعات الادارية : فهذه فى الغالب تخضع للقانون العام ، ولذلك فهى تتعلق بالنظام العام ، ومن شان ذلك ان يؤثر فى جو الدعوى الادارية فى امور كثيرة : فالدفوع الشكلية (مثلا) كالدفع بعدم الاختصاص او بعدم الصفه او بعدم المصلحة ، هى دائما دفوع من النظام العام فى القضاء الادارى ، وليست كمثيلتها فى القضاء العادى متعلقة بمصالح الخصوم . ولكن هذا لايمنع من تطبيق بعض قواعد القانون الخاص على المنازعات الادارية ، الا ان ذلك لايعني انه تطبيقا خاصا واصيلا ، بل يتقبل القانون الادارى له واحالته عليه واقتباسه له حتى يصير جزءا منه ، فهو تطبيق لايفضى تماما الى المساواة القانونيه بين الطرفين ، ولا يغمط نهائيا اعتبار الصالح العام الذى تتأسس عليه الوظيفه الادارية (1) .

---

(1) انظر : د . مصطفى كمال وصفي : اصول اجراءات القضاء الادارى ، ط/٢ — ١٩٧٢ ص ٢٢ ، ومابعدها ، د . احمد موسى : دعاوى الادارة امام القضاء الادارى ، مقال منشور بمجله العلوم الادارية ، العدد /٢ — ديسمبر ١٩٧٢ ، ص ٧ ومابعدها ، ومقال اخر للباحث بعنوان " فكرة الاتهامات امام القضاء الادارى ، مجله مجلس الدولة — السنه/٢٧ ، ١٩٨٠ ص ٢٣١ ومابعدها .

وبناء على مابيناه فى شان تحديد المنازعة الادارية ، فانه يعد من قبيل المنازعات الادارية (ويختص بنظره مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى) منازعات الموظفين ، مما لم يرد فى الامثله التى ذكرها المشرع فى المادة ١٠/ من القانون ٤٧ لسنه ١٩٧٢ ، فيدخل فى اختصاص مجلس الدولة نظر طعون الموظفين الموجهه الى قرارات النقل والندب والاعارة، وكذلك الحال بالتعويض عن هذه الطلبات. كما اصبح مجلس الدولة مختصا بطلبات التعويض عن مختلف اسباب المسئولية، وليس فقط بسبب اصدار قرار ادارى غير مشروع ، فيختص المجلس ـ على سبيل المثال ـ بنظر دعاوى التعويض عن الاعمال المادية الناشئه من تصرف الادارة فى تسيير مرفق عام اوادارته .

نخلص مما تقدم: الى ان المادة ١٧٢ من الدستور قد اقرت الولاية العامة لمجلس الدولة على المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية، بحيث يكون هو قاضى القانون العام بالنسبة لهذه المنازعات والدعاوى ، وان اختصاصه لم يعد مقيدا بمسائل محدده على سبيل الحصر كما كان عند انشائه، وانه ينظر فى تحديد المنازعة الادارية الى عناصر ثلاثه تتعلق باطراف النزاع وموضوعه والقانون الواجب التطبيق عليها ـ على نحو ما فصلنا ـ ولكن يثور تساؤل هام حول مدى جواز اخراج المشرع لبعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية من اختصاص مجلس الدولة ، واسنادها لجهات قضائية اخرى .

ان تمتع مجلس الدولة بالولاية العامة فى نظر المنازعات الادارية والتأديبية ، لا يمكن ان يغل يد المشرع العادى من اسناد الفصل فى بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية اخرى ، متى اقتضى ذلك الصالح العام واعمالا للتفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها ، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بدستورية المادة الثالثة من القانون ٥٠ لسنة ١٩٨٢م بتعديل بعض احكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ ، فيما قضت به

من ان " محكمة امن الدولة العليا (طوارئ) هي التي تختص وحدها بنظر كافة التظلمات والطعون من الاوامر والقرارات الصادرة بالقبض والاعتقال وفقا لقانون حالة الطوارئ " . ونصت الفقره الثانيه من ذات المادة على انه " وتحال الى هذه المحكمة - بحالتها - جميع الدعاوى والطعون والتظلمات المشار اليها والمنظوره امام ايه جهة قضائية او غير قضائية " . وقالت الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٦ /٦/١٩٨٤ ، " ان محكمة امن الدولة العليا " طوارئ " وقد خصها المشرع وحدها بولاية الفصل في التظلمات من اوامر القبض والاعتقال فصلا قضائيا ، قد اضحت القاضي الطبيعي لهذه المنازعات ، وليس في اسناد الفصل في هذه التظلمات لتلك المحكمة اى تحصين لامر الاعتقال من رقابة القضاء " . الامر الذى لا ينطوى على ان مخالفة لحكم المادة ٦٨ من الدستور[1] ، وذات الحكم قررته الدستورية العليا بشان محكمة القيم ، فقضت بان " محكمة القيم المشكله وفقا للقانون رقم ٩٥ لسنه ١٩٨٠ ، تعتبر القاضي الطبيعي من مفهوم المادة ٦٨ من الدستور بالنسبة للمنازعات المنصوص عليها في المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنه ١٩٨١ ، - وهى المنازعات المتعلقه بتحديد الاموال وقيمه التعويضات المستحقه وفقا لهذا القانون ، وكذلك المنازعات الاخرى المتعلقه بالحراسات التي فرضت قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنه ١٩٧١ او المترتبة عليها -[2] .

وايضا اضحت المحاكم العادية القاضي الطبيعي المختص بنظر الطعون على الجزاءات التأديبية التي توقع على العاملين بالشركات التابعه للشركات

---

(١) حكمها في القضيه رقم ٥٥ لسنه ٥ ق دستورية . مج المحكمة الدستورية العليا جـ٣ ، ص ٨٠ .

(٢) الدستورية العليا ، في القضيه ١٣٩ - ١٤٠ - ١٤٢ - لسنه ٥ ق " دستورية " في ١١ /٦/١٩٨٦ - مج الدستورية العليا الجزء ٣/ - ص ٣٣٦ ، قاعدة رقم (٥٠) .

القابضه، اعمالا لاحكام القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ فى شان قطاع الاعمال العام، اذ جاء بالفقرة الاخيره من المادة ٤٤/ من القانون ـ المشار اليه ـ " وتسرى فى شان واجبات العاملين بالشركات التابعة (شركات القطاع العام سابقا)والتحقيق معهم وتأديبهم احكام الفصل الخامس من الباب الثالث من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنه ١٩٨١ .

كذلك اقتطع بعضا من اختصاص المحاكم التأديبية بالنسبة للعاملين بالشركات القابضه (هيئات القطاع العام سابقا)، اذ لم تعد المحاكم التأديبية تختص سوى بتوقيع جزاء الاحاله الى المعاش او الفصل من الشركه بعد العرض على اللجنه الثلاثيه ، والفصل فى التظلمات من القرارات التأديبية الصادرة من السلطات الرئاسية او المجالس التأديبية المختصة بالشركة (م٤٤/١ من القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١) .

ولكن المشرع لم يتطلب احالة الدعاوى التى يحكم فيها الى جهة القضاء العادى فورا ، بل نص على استمرار مجلس الدولة فى نظر الدعاوى التأديبية والطعون على الجزاءات التأديبية وغيرها من الدعاوى المتعلقه بالعاملين بالشركات الخاضعه لاحكام القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ (الشركات القابضه والشركات التابعه) متى كانت قد رفعت قبل العمل باللوائح المنصوص عليها ، وكذلك يستمر مجلس الدولة فى نظر الدعاوى والطعون الاخرى التى تكون تلك الشركات طرفا فيها ،متى كانت قد رفعت قبل العمل بهذا القانون (م/٦ من مواد الاصدار للقانون رقم ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ باصدار قانون قطاع الاعمال العام) .

كذلك قضى بان الدوائر المدنيه والتجارية بمحكمة النقض بالنسبة لرجال القضاء والنيابه العامة، واحدى دوائر المحكمة الادارية العليا بالنسبة لرجال مجلس الدولة، هى القاضى الطبيعى المختص بالفصل فى كافة المنازعات الادارية الخاصه برجال القضاء والنيابه العامة ومجلس الدولة (المواد ٨٣ من قانون

السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنه ٧٢ ، ١٠٤ من القانون ٤٧ لسنه ١٩٧٢) [١]

وما تقدم يبين لنا انه لايوجد جهتي قضاء فقط في مصره فالملاحظ تعدد جهات القضاء مثل (محاكم امن الدوله بنوعيها ومحكمتي القيم والمحاكم العسكرية ومحكمة الاحزاب ٠٠٠٠الخ) الامر الذى يهدد العدالة كأهم قيمه انسانيـة ، باشد الاخطار [٢] ٠

المطلب الثاني

المنازعات التي يختص بها مجلس الدولة

بنص القانـون

١ـ الطعون الانتخابية ٢ـ طعون الموظفين ٣ـ طعون الافراد والهيئات

٤ـ العقود الادارية ٥ـ منازعات الضرائب والرسوم ٦ـ دعاوى الجنسيه ٠

اصبح القضاء الادارى المصرى ـ كما اوضحنا ـ بمقتضى المادة ١٧٢ مـن الدستور والفقره الرابعه عشر من المادة العاشره من قانون مجلس الدولة الحالـي (رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢) ، القاضي العام الذى يختص بنظر كافة المنازعـات الادارية ، بعد ان كان في ظل القوانين السابقه الخاصة بتنظيم مجلس الدولـة القاضي المحدد اختصاصه على سبيل الحصر (اذ كان لايختص إلا بنظر المنازعات الادارية التي عينها له المشرع وخصه بها دون غيرها من المسائل الاخرى الـتي تخرج عن اختصاصه) ٠

ورغم الاختصاص العام للقضاء الادارى بنظر كافه المنازعات الاداريـة ، فانه يجوز للمشرع مع ذلك ان يعهد على سبيل الاستثناء لمحكمة اخرى حق نظر

---

(١) المحكمة الدستوريه العليا ، قضية رقم ١٠ لسنه ١ ق دستورية ، في ١٦ / ٥ / ٨٢ مج ـ جـ٢ ص٥٠ ٠

(٢) راجع : د ٠ محمد ميرغني ، المرجع السابق ، ص٢١٥ ـ ٢١٦ هامش (١) ٠

بعض المنازعات الادارية، على ان يكون ذلك بنص قانوني صريح • ولا يخل ـ من ان القضاء الادارى المصرى هو القاضى العام فى المنازعات الادارية، التعداد الذى اوردته المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة لبعض صور المنازعـــات الادارية [1]، ذلك ان هذا التعداد مجرد تعدد على سبيل المثال لا الحصر، اوردته م/١٠ حتى يسهل على القضاء الادارى معرفة اهم المنازعات التى تتسم بالصفه الادارية •

---

(١) تنص المادة (١٠) على ان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الاتية :

(اولا) ـ الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية •

(ثانيا) ـ المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافات المستحقـــة للموظفين العموميين او لورثتهم •

(ثالثا) ـ الطلبات التى يقدمها ذووا الشأن بالطعن فى القرارات الادارية النهائية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة أو الترقية او بمنح العلاوات •

(رابعا) ـ الطلبات التى يقدمها الموظفون العموميون بالغاء القرارات الادارية الصادرة باحالتهم الى المعاش او فصلهم بغير الطريق التأديبى •

(خامسا) ـ الطلبات التى يقدمها الافراد او الهيئات بالغاء القـرارات الادارية النهائية •

(سادسا) ـ الطعون فى القرارات الادارية النهائية الصادرة من الجهـــات الادارية فى منازعات الضرائب والرسوم وفقا للقانون الذى ينظـــم كيفيه نظر هذه المنازعات امام مجلس الدوله •

(سابعا) ـ دعاوى الجنسية •

(ثامنا) ـ الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهـــات ادارية ذات اختصاص قضائى ، فيما عدا الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل ، وذلك متى كانت مرجع الطعن عدم الاختصاص او عيبا فى الشكل او مخالفة القوانين واللوائح او الخطـأ فى تطبيقها او تأويلها •

(تاسعا) ـ الطلبات التى يقدمها الموظفون العموميون بالغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية •

ويمكن رد الامور التى وردت بالمواد السابقة ، الى المسائل الاتية :ـ

١ ـ الطعون الانتخابية ٠

٢ ـ طعون الموظفين (وبعض دعاوى العاملين بقطاع الاعمال العام) ٠

٣ ـ الطلبات المقدمه من الافراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية او بالتعويض عنها (ويشمل ذلك القرارات الصادرة من جهات ادارية ذات اختصاص قضائى) ٠

٤ ـ المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ٠

٥ ـ المنازعات المتعلقه بالضرائب والرسوم ٠

٦ ـ دعاوى الجنسيه ٠

ونعرض لهذه المسائل ـ بايجاز مناسب ـ على النحو التالى :

---

* (عاشرا) ـ طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها فى البنود السابقه سواء رفعت بطريقه اصليه او تبعيه ٠
(حادى عشر) ـ المنازعات الخاصة بعقود الالتزام او الاشغال العامة او التوريد او باى عقد ادارى اخر ٠
(ثانى عشر) ـ الدعاوى التأديبية المنصوص عليها فى هذا القانون ٠
(ثالث عشر) ـ الطعون فى الجزاءات الموقعه على العاملين بالقطاع العام فى الحدود المقررة قانونا ٠
(رابع عشر) ـ سائر المنازعات الادارية ٠
ويشترط فى طلبات الغاء القرارات الادارية النهائية ، ان يكون مرجع الطعون عدم الاختصاص او عيبا فى الشكل او مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ فى تطبيقها او تأويلها او اساءة استعمال السلطة ٠
ويعتبر فى حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية او امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح ٠
مادة (١١) ـ لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر فى الطلبات المتعلقة باعمال السيادة ٠

اولا : الطعون الانتخابية :

- والطعون الانتخابية التى عنتها الفقرة الاولى من المادة العاشرة ، هى المتعلقه بانتخاب اعضاء المجالس المحلية فلا تمتد الى الطعون المتعلقه بانتخاب اعضاء مجلس الشعب فانه تحكم الاخيره بمقتضى م/١٣ من الدستور ـ على ماسنرى ـ . ولقد تطور نظامها القانونى حسب القوانين المنظمة للادارة المحلية قبل الثورة وبعدها . وكانت هذه الطعون تنظر قبل انشاء مجلس الدولة سنه ١٩٤٦ ، امام المحاكم القضائية . وعقد الاختصاص بنظرها الى مجلس الدولة منذ ١٩٤٦ حتى الان .

- وتخضع المنازعات الخاضعه لهذه الفقره للاحكام المقررة فى دعوى القضاء الكامل وبالقدر الذى لايتعارض مع الاحكام الواردة فى قانون الادارة المحلية رقم ٤٣ لسنه ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنه ١٩٨١ وبالقانون ٤٥ السنه ١٩٨٨ ، وللمحكمة ان تراجع كل الشروط المتعلقه بالناخبين والمرشحين وان تراقب جميع اجراءات الانتخاب من جميع نواحيها للتاكد من سلامتها . ويمكنها الحكم بابطال جميع الاجراءات والقرارات الباطله ، وكذا اعلان نجاح من ترى انه كان جديرا بالنجاح ، وفقا للقواعد القانونية ـ فلا تقف حدود الاختصاص للقضاء .

- الكامل هنا الى ماقبل اعلان نتيجه الانتخاب نهائيا ، بل تمتد الى ابعد من ذلك وحتى اعلان نجاح من ترى انه كان جديرا بذلك وفقا للقواعد القانونية .

- وتختص محكمة القضاء الادارى دون غيرها من محاكم مجلس الدولة ، بالفصل فى هذه الطعون .

- ويقصد بالهيئات المحلية ، وحدات الادارة المحلية وهى : المحافظات والمراكز والمدن والاحياء والقرى . وتنص م/٣ من قانون الادارة المحلية

على ان " يكون لكل وحدة من وحدات الادارة المحلية (الخمسة) مجلس شعبي يشكل من اعضاء منتخبين انتخابا مباشرا عن طريق الجمع بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبيه ونظام الانتخاب الفردى ، وفقا لاحكام هذا القانون ، على ان يكون نصف الاعضاء على الاقل من العمال والفلاحين ، وذلك طبقا لتعريف العامل والفلاح المنصوص عليه فى القانون رقم ٣٨ لسنه ١٩٧٢ فى شان مجلس الشعب " . ويشمل اختصاص محكمة القضاء الادارى الطعون المتعلقه بانتخابات هذه المجالس جميعا .

— وتخضع الطعون الانتخابية للاحكام العامة المقررة فى قانون مجلس الدولة ، بمقتضى تعديل قانون الادارة المحلية بالقانون رقم ١٤٥ لسنه ١٩٨٨ ، على عكس ماكانت تقضى به م/٨٦ من قانون ٤٣ لسنه ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنه ١٩٨١ ، اذ كانت هذه المادة تتضمن احكاما مغايرة للقواعد العامة خاصة من حيث المواعيد (فكانت تجعل ميعاد الطعن ٣٠ يوما من تاريخ اعلان نتيجة الانتخاب ، وهى فى القواعد العامة ٦٠ يوم) . وكذلك كانت المحاكم الادارية هى التى تختص بنظر هذه الطعون ، والان اصبحت من اختصاص محكمة القضاء الادارى وحدها .

— توسع القضاء الادارى فى تفسيره للطعون الخاصه بانتخابات الهيئات المحلية ، ومد اختصاصه الى مراقبه قرارات اسقاط العضوية المنصوص عليها فى م/٩٦ من القانون ، فادخلها فى مضمون هذه الطعون ، ونحن نؤيد هذا المسلك لانه اعمال صحيح لاحكام المادة ١٦٨ من الدستوره التى تحظر تحصين اى عمل ادارى من رقابه القضاء " .

— ونحن نتفق مع الراى الذى يجيز الطعن بالالغاء على القرارات الخاصة

باعضاء المجالس المحلية والمتعلقه بالاستقاله او الاقاله (المواد ٩٤ـ ٩٥ من القانون ٤٣ لسنه ١٩٧٩ فى شان الادارة المحلية) (١) .

ثانيا : طعون الموظفين (بمعزل دعاوى العاملين بقطاع الاعمال العام) :

تشكل طعون الموظفين نسبة كبيرة من الدعاوى الادارية ، وقد ورد النص على هذه الدعاوى فى البنود ، ثانيا وثالثا ورابعا وتاسعا وثالث عشر .

وجدير بالذكر ان مجلس الدولة قد ربط اختصاصه فى هذا المجـــال بتوافر صفه الموظف العام . فمن هو الموظف العام ؟

لم تتضمن قوانين التوظف المتعاقبه تعريفا للموظف العام ، ولذلك وقع على عاتق الفقه والقضاء عبء تعريف الموظف العام ، وتحديد من يعد مـن الموظفين العموميين ومن لا يعد منهم . والفقه والقضاء الادارى ـ بل وقضاء الدستورية العليا ـ مستقر على انه لكى يعتبر الشخص موظفا عاما خاضعـا لاحكام الوظيفه العامة التى مردها القوانين واللوائح ، يجب ان تكـــون علاقته بالحكومة لها صفه الاستقرار والدوام ، فى خدمة مرفق عام تديـره الدولة بالطريق المباشر او بالخضوع لاشرافها ، وليست علاقه عارضه تعتبر فى

---

(١) مادة (٩٤) : تقدم الاستقاله من عضوية المجلس الشعبى المحلى الى رئيسه، ويجب عليه عرضها فى اول جلسه تاليه لتقديمها وتعتبر الاستقاله مقبوله بموافقه المجلس عليها . وفى هذه الحالة يقرر المجلس خلو المحل ويخطر رئيس المجلس المحافظ بخلو المحل " .

مادة (٩٥) : اذا غاب العضو عن جلسات المجلس الشعبى المحلى او لجانه اكثر من ثلاث مرات متوالية او عن ربع عدد جلسات المجلـس فى الدور الواحـــد ، وذلك بدون عذر مقبول ، اصدر المجلس قرارا بدعوة العضو لسماع اقواله فى جلسه تحدد بعد خمسة عشر يوما على الاقل من تاريخ اخطار العضو بموعدها ، ويصدر المجلس قرارا باعتبار العضو مستقيلا باغلبية ثلثى اعضائه ، وذلك اذا لم يقتنـع بما يبديه العضو من دفاع عن نفسه او اذا غاب العضو عن الحضور فى الجلسه المشار اليها " .

حقيقتها عقد عمل يندرج فى مجالات القانون الخاص. فالموظف العام هو الذى يعهد اليه بعمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره الدولة او احد اشخاص القانون العام الاخرى عن طريق شغله منصبا يدخل فى التنظيم الادارى لذلك المرفق. ومن ثم يشترط لاعتبار الشخص موظفا عاما توافر شرطين: ان يكون قائما بعمل دائم، وان يكون هذا العمل فى خدمة مرفق عام او مصلحة عامة.

ويقابل تنوع المرافق العامة، تنوع من حيث طرق الادارة، ولطريقة الادارة اثرها فى التعرف على المركز القانونى لعمال المرافق العامة، ولكى يكتسب عمال المرافق العامة صفة الموظف العمومى، يجب ان يستدار المرفق العام عن طريق الاستغلال المباشر، والعبرة فى اعتبار الموظف شاغلا وظيفة دائمة او مؤقتة هى بالوصف الوارد عنها بالميزانية مقلا عبؤه بالمصرف المالى للوظيفة. ولا يكون شاغلها على درجة شخصية او اصلية ولا بكونه مثبتا من عدمه[1].

ولما كان المستقر فقها وقضاء ان شركات القطاع العام تعد من اشخاص القانون الخاص[2]. ومن ثم تعد علاقة العامل بها علاقة تعاقدية وليست علاقة قانونية او لائحية، فهى علاقة يحكمها القانون الخاص ولاتعتبر المنازعة بشان تحديد مرتب العامل بها منازعة ادارية.

---

(١) انظر احكام الادارية العليا فى الدعوى ٦٤٨ لسنه ٢ ق فى ١٩/١١/١٩٥٧ مج س٣ ص١٨، والدعوى ١٦٩٦ لسنه ٢ ق فى ٢١/١٢/١٩٥٧، مج س ٣ ص ٤٣٩.

(٢) ثار خلاف فى الفقه وتضاربت احكام القضاء فى شان الطبيعة القانونية لشركات القطاع العام، وقد حسمت هذه المشكلة بقضاء ثابت ومضطرد للدستورية العليا فى اعتبار هذه الشركات من اشخاص القانون الخاص، ومن ثم لا يعد العاملون بها من الموظفين العموميين، ولقد حسم القانون رقم ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ فى شان قطاع الاعمال العام المشكلة نهائيا بنص قانونى اضفى بمقتضاه اشخاص القانون الخاص على هذه الشركات (م/١).

ولا يغير من ذلك ان هذا الموافقة لحذى بقرار من رئيس الجمهورية لان هذا القرار لم يصدر تعبيرا عن ارادة السلطة العامة ، وانما صدر من رئيس الجمهورية باعتباره ممثلا للدولة مالكة شركات القطاع العام وفقا للتشريعات المنظمة لعلاقة هذه الشركات بالعاملين لديها وهى علاقة يحكمها القانون الخاص (١) .

المكلف بخدمة عامة هل يعد موظفا عاما ؟

اذا كان الغالب ان يسبق القرار بتعيين الشخص فى وظيفة عامة رضاء منه الا ان هذا الرضا لا يعتبر شرطا من شروط اضفاء صفة الموظف العام عليه اذ من المسلم به ان قرار التعيين " قرار شرطى " Acte condition (٢) وليس عقدا . ولهذا فان " المكلفين " حيث يجيز القانون نظام التكليف فى حالات خاصة كالمهندسين والاطباء والصيادلة ... الخ ، يعتبرون موظفين عموميين بالمعنى الدقيق ، وتسرى فى شأنهم احكام الوظيفة العامة ، الا ما استثنى بنص خاص .

على ان الامر ليس بالوضوح دائما فى شأن تحديد من يتمتع بصفة الموظف العام طبقا للضوابط السابقة ، فاذا كان العاملون الدائمون بالمرافق العامة والمصالح العامة والهيئات العامة والمحلية ورجال السلطة القضائية وضباط الشرطة وموظفى مجلس الشعب والشورى ... الخ يعدون من الموظفين العموميين ، فقد

---

(١) م. الدستورية العليا فى القضية رقم [illegible] بتاريخ [illegible] ١٩٨٢ السابق الاشارة اليه .

(٢) ويعنى القرار الشرطى : تلك الاعمال التى تصدر بصدد فرد معين بالذات ، ويترتب عليها الحاقه بمركز قانونى عام او موضوعى ، فهى تشكل الشرط الذى لا بد من توافره حتى ينتقل الشخص الى هذا المركز القانونى الجديد ويخضع لاعبائه ويتمتع بمزاياه ومن هنا جاءت تسميته بالعمل الشرطى . ومثاله التقليدى قرار تعيين شخص فى احدى الوظائف العامة .

ثار خلاف كبير حول تكييف العلاقه التى تربط بعض الاشخاص ببعض الجهات التى يعملون بها ، وحينئذ يكون القضاء الادارى هو الفيصل فى تحديد طبيعة هذه العلاقه.

ومثال ذلك ماقضى به من اعتبار العمد والمشايخ موظفين عموميين، وان كانوا لايتناولون مرتبا اذا المرتب ليس من الشروط اللازمة فى اضفاء صفه الموظف العام، وايضا المأذونين يعتبرون موظفين عموميين، وكذلك الحانوتيه والترببيـــة ومساعديهم، لانهم يعملون فى مرفق عام وثيق الصلة بالشئون الصحية والشرعية وايضا يعتبر موظفا عاما المتطوع فى خدمة مصلحة خفر السواحل ، وبواب عمارات الاوقاف الخيرية، والمتطوع للتدريس بالازهر ، لانهم جميعا يسهمون فى خدمة مرفق عام [1].

وعلى العكس من ذلك قضى بانه لايعتبر موظفا عاما : المجند ، لانـــه لايشترط ان يعتبر موظفا عاما كل من يؤدى خدمة عامة، ومن ثم فان النزاع بين المجند وبين الحكومه بصدد المكافآت عن الخدمة الالزامية، يخرج عن اختصاص قضاء مجلس الدولة (حكم ١٩/١٢/١٩٥٩ ــ عليا) .

وبواب المنزل التابع لوقف اهلى تقوم عليه وزارة الاوقاف ــ وخفير لحراسة المزروعات بوزارة الاوقاف وعلاقته بها تعاقدية، وامام مسجد تابع لوقف اهلـــى مشمول بحراسة وزارة الاوقاف ، كل اولئك لايعدون من الموظفين العموميـــين لتخلف شرط او اكثر من شروط اضفاء صفه الوظيفه العامة عليهم.

الطبيعة القانونية للعاملين بقطاع الاعمال العام :

احدث قانون قطاع الاعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ تحـــولا هاما فى السياسة القضائية بصفة عامة، اذ اتجهت الدولة ــ اخيرا ــ نحو التحول

---

(١) راجع احكام الادارية العليا ، مجموعة العشر سنوات، ص ١٣٣٢ ومابعدها .

الى سياسة الاقتصاد الحر (تدريجيا)، وهى ما يطلق عليها الاقتصاديون بالتخصيصية، فاصدرت بعض القوانين من اجل التحول التدريجى لهذا النظام وكان من اولى هذه القوانين قانون "قطاع الاعمال العام" رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، وبمقتضاه تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لاحكام القانون رقم ٩٧ لسنه ١٩٨٣، كما تحل الشركات التابعة، محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات (شركات القطاع العام) وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون، واذا صدر القانون فى ١٩/٦/١٩٩١، ونص فى م/١٣ من مواد اصداره على العمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره (اى يعمل به اعتبارا من ١٨/٧/١٩٩١) • وقد حسم هذا القانون مسأله الطبيعة القانونيه لشركات القطاع العام، بل ولهيئات القطاع العام اذ نص فى م/١/٢ على انه: "تأخذ الشركة القابضة شكل شركه المساهمة وتعتبر من اشخاص القانون الخاص" وم/٥ قضت بانه" مع عدم الاخلال بما ورد فى شانه نص خاص فى هذا القانون او فى القانون المرافق، لايسرى نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنه ١٩٧٨ على العاملين بالشركات الخاضعه لاحكام القانون المرافق وذلك اعتبارا من تاريخ العمل باللوائح المشار اليها" •

وكانت المادة الرابعة قد قررت حكما موقتا فى فقرتها الثانية، اذ نصت على ان": وتستمر معاملة هؤلاء العاملين بجميع الانظمة والقواعد التى تنظم شئونهم الوظيفية (القانون ٤٨ لسنه ١٩٧٨ والقانون ٩٧ لسنه ١٩٨٣)، وذلك الى ان تصدر لوائح انظمة العاملين بالشركات المنقولين اليها طبقا لاحكام القانون المرافق خلال سنه من التاريخ المذكور" •

وعلى ذلك فلايعد العاملون بهيئات القطاع العام من الموظفين العموميين، ومن ثم تخرج منازعاتهم مع جهة الادارة —عدا التأديب— ، وللعاملين بالشركات القابضة فقط، كما سنرى حالا — من اختصاص مجلس الدولة، كما تخرج منازعات

العاملين بشركات القطاع العام (الشركات التابعة حاليا) فى مجال التأديب - وهو الاختصاص الوحيد الذى كان معقودا لمجلس الدولة بنظره - من اختصاص مجلس الدولة ، ولا يغير من ذلك الفترة الانتقالية التى حددها القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١ .

وعلى ذلك فان على محاكم مجلس الدولة ان تستمر فى نظر الدعاوى والطعون التأديبية وغيرها من الدعاوى المتعلقه بالعاملين بالشركات القابضة والشركات التابعة متى كانت قد رفعت قبل العمل باللوائح المنصوص عليها ، وكـــذا الدعاوى والطعون الاخرى التى تكون تلك الشركات طرفا فيها متى كانت قـد رفعت قبل العمل بهذا القانون . ويستمر مجلس الدولة فى نظر هذه الدعـاوى جميعها الى ان يتم الفصل فيها بحكم بات وفقا للقواعد المعمول بها فى القانون ٤٧ لسنه ١٩٧٢ ، ودون حاجه لاى اجراء اخر (م/٦ من مواد اصدار القانـون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١) .

واذ يثور التساؤل حول مصير القرارات الصادرة من هيئات القطاع العام قبل تحولها الى اشخاص القانون الخاص (بمقتضى القانون ٢٠٣ لسنه ١٩٩١) ومن ثم زوال صفه الموظف العام عن العاملين بها ، فان القواعد العامة تقتضى بـأن القرارات الصادرة فى شان العاملين بهذه الهيئات قبل ذلك تظل قرارات ادارية وان تغيرت صفه مصدرها . فالمعول عليه هو النظر الى صفه مصدر القرار وقـت صدوره دون اعتداد بالصفه فى وقت لاحق ، وعلى ذلك تدخل المنازعات فـى صحة هذه القرارات فى اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، وهـــذا ما اقره القانون صراحة فى م/٦ من انعقاد الاختصاص لمجلس الدوله بنظـــر الدعاوى والطعون المتعلقه بهؤلاء العاملين ، حتى الفصل فيها بحكم بات ، ودون حاجه لاى اجراء اخر .

وتطبق ذات القاعدة فى حال تحول مرفق خاص الى مرفق عام ، فضم مرفـق

خاص الى مرفق عام، يستتبع تمتع العاملين بهذا المرفق بصفة الموظفين العموميين فقد قضى بان الامر العسكرى الصادر فى عام ١٩٥٣ برقم ٧٢/٧٣ بالاستيلاء على مرفق الانارة بمدينه الاسماعيلية الذى كانت تديره شركه توريد الكهرباء والثلج وضم موظفيه الى بلديه الاسماعيلية ، اعتبار هؤلاء موظفين عموميين - ويختص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات المتعلقة بمرتباتهم [1] .

ماهى طعون الموظفين التى تدخل فى اختصاص القضاء الادارى؟

اذا كانت قوانين مجلس الدولة المتعاقبه منذ ١٩٤٦ حتى الان ، قد رجت على حصر وتحديد طعون الموظفين التى يختص بها مجلس الدولة ، وهى بالفعل تتضمن معظم المنازعات المحتمل اثارتها بين الادارة وموظفيها ، الا انه مما لاشك فيه ان هذا الحصر والتحديد لم يكن شاملا لكافه صور هذه المنازعات، الامر الذى انتقده ، الفقه، اما منذ العمل بقانون مجلس الدولة الحالى رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ ، فلم تعد ثمه مشكلة فى هذا الشأن ، اذ يختص مجلس الدولة بسائر المنازعات الادارية ، فاى منازعة بين الادارة وموظفيها (شملها التحديد ولم يشملها) تندرج فى اختصاص القضاء الادارى . ونعرض فيما يلى للمنازعات التى وردت على سبيل المثال فى مجال طعون الموظفين ، والتى نص عليها فى م/١٠ من قانون مجلس الدولة ، ثم نعرض بعد ذلك لصور اخرى من هذه الطعون يختص بها مجلس الدولة ، رغم عدم النص عليها اعمالا للمعيار العام فى اختصاص القضاء الادارى .

طعون الموظفين فى قانون مجلس الدولة (م١٠ / ٢-٣-٤-٩-١٣) :

- المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافات المستحقه .

---

(1) الادارية العليا : القضية رقم ٤٠١ لسنه ٥ ق فى ١٩/١١/١٩٦٠ ، مج س٦ ص ١٠١ مبدأ (٢٣) .

ـ المنازعات فى القرارات النهائية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة اوالترقية اوبمنح العلاوات •

ـ المنازعات فى القرارات الصادرة باحالة الموظفين العموميين الى المعاش اوفصلهم بغير الطريق التأديبى •

ـ المنازعات فى القرارات النهائية للسلطات التأديبية •

ـ الطعون فى الجزاءات الموقعه على العاملين بالقطاع العام •

مسائل اخرى يختص بها القضاء الادارى ، طبقا للمعيار العام :

ـ المنازعات فى البدلات المختلفه (المزايا الماديه والادبية عينية كانت او نقديه) ومثال ذلك : بدلات الاقامه والاغتراب والسفر والانتقال والتمثيل وطبيعة العمل والتخصص والعدوى والتفرغ للاطباء والصرافه • تلك المسائل تصدى لها القضاء الادارى واخضعها لاختصاصه[1] • اذن لم يقف الاختصاص عند حد المنازعه فى المرتب بل امتد ليشمل اصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها كاختصاص مطلق وشامل • كذلك الحال بالنسبة للمكافات •

وهنا ثمه ملاحظه ، وهى ان اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقه بالمرتبات (وملحقاتها) والمعاشات والمكافات (ايا كان نوعها) ، انما يدخل فى ولاية القضاء الكامل : لا ولايه قضاء الالغاء •

ـ المنازعات فى قرارات الندب والنقل والاعارة • وتوسع فيها قضاء الالغاء ـ على ماسنرى عند دراسة دعوى الالغاء ـ •

ـ وعن المنازعات المتعلقه بقرارات الاحاله الى المعاش او الاستيداع اوالفصل بغير الطريق التأديبى ـ وكانت تعد من قبيل اعمال

(١) راجع احكام الادارية العليا فى خمسة عشر عاما (١٩٦٥ـ١٩٨٠) ، الجزء الرابع ص ٢٤٤٥ ـ ومابعدها •

السيادة حتى قضت بعدم دستوريتها المحكمة العليا على نحو ما اوضحنا
ـ فقد مد القضاء الادارى اختصاصه ليشمل كل المنازعات المتعلقه بانهاء الخدمة كالاستقاله والانقطاع عن العمل، والاحاله الى الاحتياط بالنسبة لضباط الشرطه.

ـ كذلك اعطى القضاء الادارى نفسه الحق فى مراقبه الجزاءات المقنعة التى توقع على العاملين بالحكومة (الموظفين العموميين) والقطاع العام، ولم يقف عند الجزاءات الصريحة فقط (١).

واختصاص مجلس الدولة بهذه المنازعات يدخل فى ولايه قضاء الالغاء والمسلم به ان ولاية قضاء الالغاء تختلف تماما عن ولاية القضاء الكامل سواء من حيث اجراءات الطعن بكل منهما او مواعيده، او مدى الحكم الصادر من كل منهما، على نحو ما سنفصله فى دراستنا لدعوى الالغاء وقضاء التعويض.

ولكن .. اذا كانت النصوص تجرى على اختصاص مجلس الدولة دون غيره بطعون الموظفين العموميين ـ على نحو ما اوضحنا ـ فهل فعلا يختص مجلس الدولة بالنظر فى منازعات كافة الموظفين العموميين؟ بمعنى اخر هل نطاق اختصاص مجلس الدولة ـ هنا ـ شامل كل فئات الموظفين العموميين؟.

الواقع، ان مجلس الدولة لايختص بالنظر فى كافه منازعات الموظفين العموميين على اختلاف فئاتهم، فثمة فئات معينة من الموظفين العموميين، اخرجها المشرع بنص صريح من اختصاص مجلس الدوله لاسباب مختلفه، ويمكننا

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك: مؤلفنا تأديب العاملين بالحكومة والقطاع العام" سابق الاشاره اليه، ود. محمد ماهر ابو العينين، الرقابه القضائية على القرارات التقديرية الخاصة بالموظفين، المحاماة، ملحق العدد يسرى ٥، ٦ ـ السنه السبعون.

القول ان فئات الموظفين الذين تخرج منازعاتهم من اختصاص القضاء الادارى - حاليا - هم : اعضاء السلطه القضائية من القضاه ورجال النيابة العامة واعضاء هيئة قضايا الدولة واعضاء مجلس الدولة ورجال القوات المسلحة .

فالقضاه واعضاء النيابة العامة ، يختص بنظر منازعاتهم الوظيفة دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض (الغاء وتعويضا) [1] - م/ ٨٣ من قانون ٤١ لسنه١٩٧٢ .

واعضاء هيئة قضايا الدولة ، فيفصل فى شئونهم الوظيفيه لجنة التأديب والتظلمات المنصوص عليها فى القانون المنظم للهيئه رقم٧٥ لسنه١٩٦٣ المعدل بالقانون ١٠ لسنه١٩٨٦ [2] .

واعضاء مجلس الدولة يختص بالفصل فى منازعاتهم احدى دوائر المحكمة الادارية العليا (م/ ١٠٤ من القانون ٤٧ لسنه١٩٧٢) [3] .

وضباط القوات المسلحة ، يختص اللجنه العليا للضباط بالفصل فى منازعاتهم ، اعمالا لاحكام القانون رقم١٧٤ لسنه ١٩٥٧ [4] .

---

(١) انظر حكم الادارية العليا فى الطعن رقم٨٧٣ لسنه١٩ق فى ١٩٧٦/٦/٢٦ ، مج س٢١ ص٢٣١ .

(٢) حكم الادارية العليا فى الطعن ٣٥٠ لسنه٩ ق فى ١٩٦٨/٤/٧ ، مج س١٧ ص٧٧٦ ، الطعن رقم ٥٥٨ لسنه ١٤ ق فى ١٩٧٦/٦/٢٧ ، مج س ٢١ ص ٢٣٧ .

(٣) راجع : حكم الدستورية العليا فى القضية رقم ١٠ لسنه١ق " دستورية " فى ١٩٨٢/٥/١٦ ، مج الدستورية العليا ،ج٢ ص٥٠ .

(٤) راجع احكام الادارية العليا فى الطعون ٤٣٧ لسنه٢٠ ق ، ١٧٣ لسنه١ ق فى ١٩٧٧/١٢/٤ ، مج س٢٣ ص١٧ ، القضيه ٤٤٥ لسنه ٢١ ق فى ٧٩/١/١٤ مج س٢٤ ص٤٣ ، القضية ٥٥٢ لسنه١٧ ق فى ١٩٧٦/٦/٢٠ ، مج س ٢١ ص٢٠٨ ، القضية ١٤٨٩ لسنه ٨ ق ، فى ١٩٦٨/١/١٤ ، مج س١٣ ص ٤٢٣ .

ولاشك ان خروج هذه المنازعات من اختصاص القضاء الاداري، يعد ايضا تطبيقا للمعيار العام في اختصاص القضاء الاداري ، ذلك ان تمتع مجلس الدولة بصفه قاض القانون العام، لايمكن ان يغل يد المشرع من اسناد ولايه الفصل في بعض المنازعات الادارية ـ التي تدخل اصلا في اختصاص مجلس الدولة طبقا لنص م/١٧٦ من الدستور و م/١٠ من قانون مجلس الدولة ـ الى جهات او هيئات قضائية اخرى متى اقتضى ذلك الصالح العام، واعمالا للتفويض المخول للمشرع بالمادة ١٦٧ من الدستور في شان تحديد الهيئات القضائية واختصاصها . وعلى العموم فقد حسمت المحكمة الدستورية العليا الخلاف الذي كان يثور حول التشكك في دستورية هذه الهيئات ، وقضت بدستورية جميع القوانين المنظمة لهذه الهيئات واللجان .

طلبات التعويض: من المعروف ان التعويض لايطلب الا بناء على ضرر لحق بالطالب ، يستوي في ذلك ان يكون الضرر ماديا او ادبيا ، وينتج الضرر عن احد مصدرين قرارا اداري ، ولا يتقادم الحق فيه الا بمضي خمسة عشر عاما ، لان الضرر هنا ينسب الى المصدر الخامس للالتزام وهو القانون ، فالقرارات الادارية اعمال قانونية .

والمصدر الثاني الذي يحتمل حدوث الضرر منه الاعمال المادية، وهي تعتبر من قبيل العمل غير المشروع، ويتقادم الحق فيها بمضي ثلاث سنوات، لانها تنسب الى المسئولية التقصيرية .

باختصار ، فان اختصاص القضاء الاداري بنظر المنازعات المتعلقة بروابط الوظيفة العامة اختصاص عام وشامل، والقضاء مستقر على ذلك[1] .

---

(١) الادارية العليا ،طعن رقم ١٤٣٥ السنه ٣٠ ق في ٦/١٢/١٩٨٧ (غير منشور) .

ثالثا : طعون الافراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية او التعويض عنهـــا (ويشمل ذلك القرارات الصادرة من جهات ادارية ذات اختصاص قضائي):

وفيما يتعلق بطعون الافراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية، فقـــد نص عليها في م١٠/٥ من قانون مجلس الدولة . ويقصد بالافراد هنا غـــــير الموظفين العموميين . ويلاحظ ان صياغه المشرع جاءت عامة، لتشمل جميــــع طعون الافراد في القرارات الادارية ايا كان نوعها لائحيه كانت او تنظيميـــة وسواء اكانت الطعون متعلقه بالغاء هذه القرارات او التعويض عنها (م١٠/١٠) ونحن نعتقد ان الموظف العام يعد من قبيل الافراد خارج نطاق الوظيفـــــة العامة، ومن ثم يندرج تحت هذه الفقره فيكون له الحق في الطعن الغــــاء وتعويضا عن القرارات الادارية الغير مشروعه والتى تمثل اعتداء على مركز قانونـــى يتمتع به، مثال ذلك الطعن على قرار باعتقاله مثلا او منعه من السفر او الاستيلاء على عقار مملوك له. . . الخ . كما انه صياغه المادة على صورتها الشامله تتضمـــن الافراد جميعا اى سواء كانوا من الاشخاص الطبيعيين او الاشخاص المعنويــــه العامة اوالخاصة، ولعل طعون الافراد والهيئات في القضايا رقم ١٢٣٣ ، ١٢٤٢ ، ١٢٤٣ لسنه ٣٨ عليا " وهى الخاصة بقضية سوق الخضر والفاكهـــــة " خير مثال على ذلك.

اما الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات اداريـة ذات اختصاص قضائي ، فالواقع انه لم يكن منصوصا على هذا الاختصاص فـى اول قانون منظم لمجلس الدولة وهو القانون ١١٢ لسنه ١٩٤٦، وانما نص عليـــه لاول مرة في القانون رقم ٩ لسنه ١٩٤٩، وفى المادة السادسة منه، ثم اعيد النـص عليها في القوانين اللاحقه على ذلك . وثار بشان هذا الاختصاص ســـوالان

<u>اولهما</u> : حول طبيعة قرارات الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائـــــى .

<u>وثانيهما</u> : حول حالات الطعن على هذه القرارات .

اما السؤال الاول : فلا نرى محلا له الان ، بعدما اضفى القانون على قرارات هذه الجهات الصفة الادارية ، اخذا بالمعيار الشكلي ، ولكن هذا الاتجاه التشريعي قد قيده المشرع بعد ذلك فيما نص عليه من استثناء القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، من الخضوع لاختصاص القضاء الاداري في القانون الحالي (م١٠/٨) ، ولجان قيد المحامين وقبولهم للمرافعة امام المحاكم وتأديبهم ، اذ راى المشرع انه فيما يتعلق بقرارات هيئات التحكيم في منازعات العمل فان لها قوة الاحكام النهائية ، واما قرارات لجان قيد المحامين ، فاستثناها المشرع باعتبار انها تتصل بنظام المحاماه امام المحاكم الوطنية (وهذا ما اوضحته المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦٥ لسنه ١٩٥٥ في شان مجلس الدولة) .

ولم تقف الاستثناءات من هذه المادة عند ذلك ، بل اتجهت الادارية العليا الدائره الخاصة المشكله طبقا للقانون رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨٤ في شأن تعديل قانون مجلس الدولة " وتسمى دائرة الـ ١١ " ، الى اعتبار قرارات مجالس التأديب الغير خاضعه للتصديق من جهات اعلى من قبيل الاحكام القضائيه ، فلا يطعن عليها الا امام الادارية العليا ـ وقد اوضحنا ذلك سلفا ـ على أن من هذه اللجان والتي تخضع لرقابه مجلس الدولة ، لجان الترع والجسور ، ولجنه مخالفة الري ، ولجنة الطعون ولجنه العمد والمشايخ ، ولجنه قيد الصحفيين وقبولهم ، ومجالس التأديب التي تخضع للتصديق مثل قرارات مجالس تأديب معاوني اعضاء هيئة التدريس بالجامعات ، ومجالس التأديب التي تشكل بالهيئات بقرار من السلطة المختصة [1] ، كما تعد من تلك

---

(١) انظر في التفصيلات : الاستاذ فتحي عبد الصبور : التمييز بين القرار القضائي والقرار الاداري ، المجموعه الرسمية للاحكام والبحوث القضائية ، العدد ١/ ، السنه ٦٢ ، يناير ١٩٦٥ ـ ص ٢٧٣ ومابعدها ، د . القطب محمد طبليه : العمل القضائي في القانون المقارن ، طبعه ١٩٦٥ ، المستشار عادل يونس : رقابة القضاء الاداري على قرارات سلطات التحكيم والاتهام ، مجله مجلس الدوله

وعلى العكس اذا كانت المنازعة التى تفصل فيها اللجنة من علاقات القانــــون الخاص ، كقرارات لجان تقدير ايجارات المساكن ، فالافضل ان يجعـــــل اختصاص الطعن فى قراراتها للقضاء العادى[1] والواقع انه لايمكننا التسليــم بهذا الراى ، على الرغم من تقديرنا لوجاهته ، فلابد من تدخل تشريعى لتقريــر مثل هذه التفرقه ، كما قرر استاذنا الدكتور ميرغنى ، ولكن صياغة النص الحالى لاتسمح بمثل هذه التفرقة ، ويبقى الالتزام قائما بالنص لحين تعديله ، فــــلا يخرج من قرارات اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى عن اختصاص مجلس الدولة سوى قرارات هيئات التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل او اى جهــــة اخرى بنص صريح ، اعمالا للتفويض المخول للمشرع بمقتضى م/١٦٧ من الدستور ـ كما اشرنا من قبل ـ .

اما فيما يتعلق بالسؤال الثانى : فان صياغة نص م١٠/٨ قد جاءت علــى انه تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها فى المسائل الاتية : (ثامنا) ةالطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهـات ادارية لها اختصاص قضائى فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم فى منازعات العمـــل ، وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص اوعيبا فى الشكل اومخالفـــة القوانين واللوائح او الخطأ فى تطبيقها اوتأويلها . فى حين جاء نص الفقرة قبـل الاخيرة من المادة العاشرة مايلى : ويشترط فى طلبات الغاء القرارات الاداريـة النهائية ان يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص اوعيبا فى الشكل اومخالفـــة القوانين واللوائح اوالخطأ فى تطبيقها اوتأويلها اواساءة استعمال السلطة .

فهل لايجوز الطعن على قرارات اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى لعيب اساءة استعمال السلطه ؟ .

---

(١) د . محمد ميرغنى : المرجع السابق ص٢٧٤ .

انتقد الفقه في مجموعه صياغه النص ـ على النحو السابق ـ واتجهوا الى امكان انحراف هذه اللجان في استعمال سلطتها ، وكانوا يرون جواز الطعن على قراراتها لعيب انحراف السلطه ، حتى وضعت الادارية العليا نهاية لهذه الاختلافات في حكمها الصادر في ١٩٧١/٤/١٧ ، بقولها : " ان المشرع اذ لم يذكر عيب اساءة استعمال السلطة او الانحراف بها ... لم يقصد ان يجعل الطعن في هذه القرارات التي هي قرارات ادارية وفقا للمعيار الشكلي اضيق نطاقا من الطعن في سائر القرارات الادارية ، بحيث لا يشمل عيب الانحراف ، وانما سكتت عن هذا العيب لمجرد استبعاد احتمال وقوعه في قرارات تلك الجهات بحكم انها قرارات ذات طبيعة قضائية ، او لصعوبة تصوره منفصلا عن عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون ، وعلى هذا الاساس فلا حجة في القول بان عيب الانحراف ليس من العيوب التي يجوز الاستناد اليها في مهاجمة قرارات الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي ، ومن ثم يكون الدفع بعدم اختصاص القضاء الادارى بنظر هذه المنازعة (لجنة المراجعة) في غير محله قانونا خليقا بالرفض " (١) .

واخيرا تجدر الاشارة الى محكمة القضاء الادارى هي التي تختص دون غيرها من المحاكم الادارية بنظر الطعون على قرارات هذه الجهات (م/١٣ من القانون ٤٧ لسنه ١٩٧٢) .

رابعا : المنازعات الخاصة بالعقود الادارية (٢) :

واختصاص مجلس الدولة بهذه المنازعات نص عليه في م١١/١٠ ، واذا كانت صياغة الفقره قد اتت بثلاث صور من العقود الادارية ، فلا يعدو ذلك ان يكون على سبيل المثال ، لان الفقره بعد ان حددت عقود الالتزام والاشغال العامة

---

(١) الادارية العليا ، طعن ١٢٤٦ لسنه ١١ ق في ١٩٧١/٤/١٧ ، مج س ١٦ ، ص ٢٤٢ .

(٢) في تفصيلات ذلك : راجع رسالتنا للدكتوراه ، سابق الاشارة اليها .

او التوريد ، ذكرت او باى عقد ادارى اخره وعلى ذلك فكل عقد توافر فيه الضوابط الثلاثه للمعيار العام فى اختصاص القضاء الادارى ، تختص به محاكم مجلس الدولة ونذكر بان هذه الضوابط الثلاثه هى : ان تكون الادارة طرفا فى العقد بوصفها شخص معنوى عام وان يتعلق العقد بنشاط مرفق عام ، وان تتبع الادارة فيه اسلوب السلطه العامة اى تأخذ فيه باساليب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائيه غير مألوفه فى القانون الخاص

وتدخل المنازعات المتعلقه بهذه العقود فى ولاية القضاء الكامل بصفة عامة ، وتشكل مع قضاء المسئولية ، اخصب مجالات ولاية القضاء الكامل لمجلس الدولة . ويشمل اختصاص مجلس الدولة فى هذه العقود كل ما يتعلق بانعقادها او صحتها او تنفيذها او انقضائها . ولكن تجدر الاشارة الى ان ثمة مجال لولاية الالغاء فى منازعات العقود الادارية ، وذلك على غرار ما تعرفه نظرية القرارات المنفصله

كالطعن على قرار ارساء المزايده ، او ابرام العقد او قرارات لجنه البت ، وايضا طعون المستفيدين من عقود الامتياز (الالتزام) .

وتختص محكمة القضاء الادارى بمنازعات العقود الادارية (دائرة التعويضات) اذا زادت نسبة العقد عن ٥٠٠٠ جنيه ، اما اذا لم تتجاوز قيمة العقد ٥٠٠ جنيه فتختص بنظر المنازعه المحكمة الادارية المختصة . واذا كانت المنازعة غير مقدرة القيمة ، اختصت بنظرها محكمة القضاء الادارى طبقا للقواعد العامة .

خامسا : المنازعات المتعلقه بالضرائب والرسوم :

وهى المنصوص عليها فى م١٠/٦ والتى جاءت صياغتها على ان : تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الاتيه : (سادسا) : الطعون فى القرارات النهائية الصادرة من الجهات الادارية فى منازعات الضرائب والرسوم وفقا للقانون الذى ينظم كيفيه نظر هذه المنازعات امام مجلس الدوله ، وكان قد

نص على هذه المنازعات لاول مرة فى القانون الثالث لمجلس الدولـــــــة الصادر سنه ١٩٥٥، وبالطبع كان القضاء العادى هو المختص بنظر هـــذه المنازعات قبل دخولها مجال اختصاص القضاء الادارى.

والملاحظ ان نص الفقره السادسة (السابق) يوحى بان اختصاص القضـاء الادارى بهذه المنازعات معلق على صدور قانون الاجراءات الادارية الذى يتضمن ـ بالقطع ـ كيفية نظر هذه المنازعات. والواقع أن هذا القانون لـم يصدر للان، لذلك فمازال القضاء العادى هو المختص بنظر هذه المنازعـات الى الان، رغم طبيعة هذه المنازعات الادارية، والتى لايختلف عليها الفقه فـى مجموعه، عدا الدكتور مصطفى كمال وصفى [1].

واذا كان القضاء العادى هو الذى ينظر هذه المنازعات الان، فليس ثمة مايمنع من تصدى مجلس الدولة للفصل فى المنازعات الخاصة بالضرائب والرسوم التى لم يحدد لها القانون جهة معينه لنظر المنازعات الناشئة عنها، وهـــذا ماقررته الادارية العليا بتقرير اختصاص القضاء الادارى بنظر المنازعات فـى الرسوم الجمركية على السيارات [2]، ورسوم اشغال الطرق العامه [3] أمـــــا اختصاص القضاء العادى فيشمل منازعات الضرائب العامة وفقا للقوانين الصـادرة فى هذا الشأن، والتى اناطت بالقضاء العادى سلطة الفصل فيها، كالقانـــون ١٤٠ لسنه ١٩٨٩ فى شان الضرائب على الدخل. وقد قضى بان المنازعة حـــول مدى خضوع المرتبات للضريبة، منازعة ضريبية وليست منازعة ادارية، ومن ثم لايختص بنظرها مجلس الدولة، وانما ينعقد الاختصاص بشأنها للمحاكم الابتدائية [4].

---

(١) انظر: مقال سيادته بعنوان " مجلس الدولة القاضى العام للمنازعات الادارية " سابق الاشارة اليه.

(٢) حكمها فى القضية رقم ١٢٧٤ لسنه ٢٦ ق، مج س٢٨، ص١٦٤.

(٣) حكمها فى القضية رقم ٣٣٧ لسنه ٢٦ ق، مج س٢٨، ص٣٧١.

(٤) الادارية العليا، قضية رقم ٢٧٨ لسنه ٢٦ ق فى ١٩٧٧/٦/١٩، مج س٢٢ص٩٠

سادسا : دعاوى الجنسيه : (م ١٠/ ٧)

صور دعاوى الجنسيه : المنازعات فى الجنسية اما ان تأخذ صورة دعوى اصلية ، ترفع ابتداء مستقلة عن اى نزاع اخر ، ويكون الطلب الاصلى فيها هو الاعتراف بتمتع شخص بجنسية معينة ، واما ان تطرح فى صورة طعن فى قرار ادارى نهائى صادر فى شان الجنسية بطلب الغائه لسبب من الاسباب التى عددتها الفقره الاخيرة من المادة ١٠/ من قانون مجلس الدولة ، وهى التى تعقد الاختصاص للقضاء الادارى فى نظر الدعوى ، واما ان تثار فى صورة مسألة اولية اثناء نظر دعوى اصليه يتوقف الفصل فيها على الفصل فى مسألة الجنسية ، واما فى صورة دعوى تعويض من اضرار ناتجه عن قرار ادارى يتعلق بالجنسيه .

ولايه مجلس الدولة فى نظر منازعات الجنسيه :

ومجلس الدولة هو المختص دون غيره بالفصل فى دعاوى الجنسيه ، وينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة القضاء الادارى بولاية القضاء الكامل . لماذا ؟

لان المدعى فى الدعوى الاصلية بالجنسية يستهدف الاعتراف له بتمتعه بالجنسيه المصرية ، ولا يختصم فيها قرارا اداريا معينا صريحا او ضمنيا ، يطعن فيه بطلب الغائه ، وانما يطلب الحكم بثبوت جنسيته المصرية استقلالا عن اى قرار من هذا القبيل ، وعلى اساس ذلك لاتخضع للمواعيد المقررة قانونا للطعن بالالغاء فى القرارات الادارية ، مادام لايوجد فيها القرار الادارى الذى يرتبط به ميعاد رفع الدعوى ، وفى ذلك تقول الادارية العليا : "ذلك ان الجنسية هى رابطه قانونية وسياسية بين الفرد والدولة (اى رابطه من روابط القانون العام) ، ينظم القانون ثبوتها واكتسابها وفقدها واستردادها . فاذا تحققت لشخص اسباب تمتعه بها ، فلا يحرم من الحق فى الاعتراف له بهذه الحالة الواقعية القائمه به بحكم القانون لمجرد عجزه فى وقت ما عن تقديم دليل على توافر عناصرها لديه ، او لاضطراره بسبب هذا العجز الوقتى الى السكوت عن الطعن فى القرار الصادر من الادارة بشانها ، ومن اجل ذلك وجدت الدعوى

الاصليه بالجنسية لتكون علاجا متاحا فى كل وقت لمثل هذا الوضع، وتحررت من التقيد بالمواعيد المقررة للطعن بالالغاء ". (١)

عبء الاثبات فى منازعات الجنسيه: يقع عبء الاثبات فى دعاوى الجنسيه على من يدعى انه يتمتع بجنسيه جمهورية مصر العربية، او يدفع بانه غير داخل فيها (٢).

حجية الحكم فى دعاوى الجنسية: كان المبدأ السائد فى ظل القانون الصادر سنه ١٩٢٠ هو الحجية النسبية لاحكام الجنسية، بمعنى عدم الاعتراف للحكم الصادر فى منازعة تتعلق بالجنسية (لشخص معين) بأى اثر فى غير المنازعة التى فصل فيها الحكم. ولما كان ذلك يتعارض مع طبيعة الجنسية كرابطة من روابط القانون العام، فضلا عن انه من غير المنطقى وغير المعقول اعتبار شخص ما وطنيا واجنبيا فى وقت واحد، فقد عدل المشرع عن ذلك الحكم، واعترف للاحكام الصادرة فى دعاوى الجنسية بالحجية على الكافه، وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٠ لسنه ١٩٥٠ فى شان الجنسية، واعيد ذلك الحكم فى تشريع الجنسية المصرية رقم ٣٩١ لسنه ١٩٥٦، والتعديلات التى طرأت عليه بعد ذلك (م/٣٣ من القانون ٨٢ لسنه ١٩٥٨) بل واوجب المشرع نشر منطوق الاحكام الصادرة فى منازعات الجنسية بالجريدة الرسمية. وعلى ذلك لم تعد الاحكام الصادرة فى دعاوى الجنسية تقبل التعرض لها من جديد، واصبحت تتمتع بحجية مطلقه وليست نسبية (٣).

واخيرا تجدر الاشارة الى ان ثمة تفرقه بين الدعوى الاصلية للجنسية،

---

(١) انظر حكمها فى الطعن ٦٢٥ لسنه ٧ق فى ١٩٦٤/١/١٨، مجموعة س٩ ص٤٢٦ مبدأ (٣٨).

(٢) الادارية العليا، طعن ١٣٤٤ لسنه ٨ ق فى ١٩٦٥/٥/١.

(٣) واجع احكام الادارية العليا فى الطعون ٢٣٤ لسنه ٤ ق فى ٥٩/٦/١٣ القضية ١٣٤٤ لسنه ٨ ق فى ١٩٦٥/٥/١.

وبين طلب شهادة باثبات الجنسية ، من حيث مواعيد الطعن ، فبينما لاتتقيد الدعوى الاصلية للجنسية بميعاد محدد ـ كما رأينا ـ فان طلب شهادة باثبات الجنسية ، لايقبل من الاشخاص الخاضعين لها بحكم م/١/٥ من قانون ١٦٠ لسنه ١٩٥٠ في شان الجنسية بعد مضي سنه من تاريخ العمل بهذا القانون وبالنسبة للقصر بعد مضي سنه من بلوغهم سن الرشد .

تلك هي المسائل التي عددتها المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة كصور لاهم المنازعات الادارية (وليس كلها بطبيعة الحال) عرضنا لها ـ بايجاز مناسب ـ بقي ان نشير الى ان مرجع الطعن على هذه المنازعات بالالغاء قد يكون عدم الاختصاص او عيبا في الشكل او مخالفة للقوانين او اللوائح او الخطأ في تطبيقها او تأويلها او اساءة استعمال السلطة .

اما في طلبات التعويض فيجب ان يكون مرجع الطعن توافر خطأ في جانب الادارة ترتب عليه ضررا للطالب ، تلك هي القاعدة العامه ، على انه قد يكون مرد طلب التعويض نظرية المخاطر في حالات استثنائية (محدودة) وسنعرض لتفصيلات ذلك كله في دراستنا لكل من دعوى الالغاء وقضاء التعويض .

المبحث الثاني

توزيع الاختصاص بين محاكم القسم القضائي

بمجلس الدوله

نطاق البحث _ القاعدة العامة في توزيع الاختصاص _ اختصاصات محكمة القضاء الاداري _ اختصاصات المحاكم الادارية .

نطاق البحث اوضحنا _ من قبل _ ان القسم القضائي بمجلس الدولة يتكون من : المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضاء الاداري ، والمحاكم الادارية ، والمحاكم التأديبية ، واخيرا هيئة مفوضي الدولة .

وقلنا ان المحكمة الادارية العليا ، هي محكمة نقض مهمتها التعقيب على الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري والمحاكم الادارية ، لاحد اسباب ثلاثه حددها القانون رقم ٤٧ لسنه ١٩٧٢ _ واشرنا اليها _ ، وبينا حدود اختصاص المحاكم التاديبية سواء في نظر الدعاوى التأديبية ابتداء او في نظر الطعون على القرارات النهائية الصادرة من السلطات التأديبية ، والمحنا الى نوعيها من المحاكم التأديبية من مستوى الادارة العليا او المحاكم التأديبية من المستويات الاول والثاني والثالث ومن يعادلهم . واما هيئة مفوضي الدوله فهي ليست بمحكمة ، ولكن المشرع منحها سلطات واسعه في القانون سواء في مجال تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعه او الفصل في طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية او الطعن على الاحكام الصادرة من كافة محاكم القسم القضائي امام المحكمة الادارية العليا ، وبمعنى اخر قلنا ان هيئة مفوضي الدولة اضحت الامينه على الدعوى الادارية _ مثلما النيابة العامة هي الامينة على الدعوى الجنائية وان اعطيت هيئة مفوضي الدولة صلاحيات اوسع في مجال القضاء الاداري _ .

وعلى ذلك لم يبق سوى نوعين من المحاكم هما : محكمة القضاء الاداري ، والمحاكم الادارية ، وهما ما يثار في شانهما الحديث حول توزيع الاختصاص

وكذا طلبات التعويض عن هذه القرارات سواء رفعت بصفه اصليـــه او تبعية لدعوى الالغاء (1) .

٣ ـ طعون الافراد والهيئات .

٤ ـ الطعون التي ترفع عن القرارات الادارية النهائية الصادرة من جهـات ادارية ذات اختصاص قضائي .

٥ ـ الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الادارية في منازعات الضرائب والرسوم .

٦ ـ منازعات العقود الادارية ، اذا تجاوزت قيمتها ٥٠٠ جنيه .

٧ ـ دعاوى الجنسيه .

٨ ـ واخيرا سائر المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الاداري ، ولـم يجعلها المشرع من اختصاص المحاكم الادارية او التأديبية (وذلك تطبيقا لاحكام المعيار العام في الاختصاص) .

ثانيا : محكمة القضاء الاداري كمحكمة استئنافيه :

اجيز الطعن على الاحكام الصادرة من المحاكم الادارية امام محكمـة القضاء الاداري ، منذ العمل باحكام القانون رقم ٨٦ لسنه ١٩٦٩ ، وجدير بالذكر ان جميع احكام المحاكم الادارية يجوز الطعن عليها بالاستئناف امام محكمـة القضاء الاداري ، اذ لم يحدد المشرع نصابا معينا لجواز الطعن بالاستئنـاف بل ولم يشترط القانون ضرورة استناد الطعن الى اسباب محددة . ويجـوز الطعن بالاستئناف لذوى الشأن ولرئيس هيئة مفوضي الدولة ، وذلك خـلال ستين يوما من صدور الحكم ، كما ان لمحكمة القضاء الاداري سلطه الامر بوقـف

---

(1) لايعد العمد والمشايخ من وظائف المستوى العالي او الاول ، وعلى ذلـك ينعقد الاختصاص بنظر منازعاتهم للمحكمة الادارية وليس لمحكمة القضـاء الاداري . الادارية العليا في ١٩٦٧/١٢/٣٠ ، طعن ٢٨٨ لسنه ١١ ق ، ص ٣٥٤ ، ١٩٦٧/٢/١٨ طعن ٢٨٦ لسنه ١١ ق ، ص ٦٣٥ .

تنفيذ الحكم المطعون فيه (المواد ١٣ ، ٥٠ من قانون مجلس الدوله) .

وبديهى ان الاختصاص المكاني ـ هنا ـ يتوزع بين دوائر المحكمـــة الموجودة بالقاهرة والاسكندرية والمنصورة (وأى محافظة اخرى تنشأ بها محكمة للقضاء الادارى مستقبلا) .

ثالثا : الطعن على احكام محكمة القضاء الادارى : بادى ذى بـــدء ، فجميع احكام محكمة القضاء الادارى تقبل الطعن عليها امام المحكمة الادارية العليا ،سواء صدرت من المحكمة باعتبارها محكمة اول درجه او كمحكمة استئنافيه ولكن ثمه خلاف بينهما من زاويتين : اولها : الطعن على احكام محكمة القضاء الادارى باعتبارها محكمة اول درجة يجوز لاحد اسباب ثلاثه (او لسبب واحـد او اكثر) حددهم المشرع فى م/٢٣ وهى : (اذا كان الحكم المطعون فيـه مبنيا على مخالفة القانون، او خطأ فى تطبيقه او تأويله . اواذا وقع بطلان فـى الحكم او بطلان فى الاجراءات اثر فى الحكم . او اذ صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشئ المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع او لم يدفع) .

وفى هذه الحالة ، يكون الطعن مقررا لذوى الشأن ولرئيس هيئة مفوضى الدوله .

وثانيهما : اذا كان الحكم صادرا من محكمة القضاء الادارى كجهـــــة استئنافيه ، فلا يجوز الطعن فيه امام الادارية العليا الا لاحد امرين (او كليهما) وهما اذا صدر الحكم على خلاف ماجرى به قضاء المحكمة الادارية العليا .

او اذا كان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لهـذه المحكمة تقريره . وفى هذه الحالة ، يكون الطعن على الحكم لرئيس هيئة مفوضى الدوله وحده . ومدة الطعن فى كلا الحالتين ستين يوما .

نخلص مما سبق الى ان : توزيع الاختصاص بين محكمة القضـــاء الادارى والمحاكم الادارية ، انما يستند الى معيار اهمية النزاع او مستوى الوظيفـــه .

وقد يثور التساؤل حول مدى اختصاص ايا من المحاكم الادارية او محكمة القضاء الادارى بنزاع وظيفى لايشغل فيه المدعى ايا من المستويات الوظيفية المحددة فى قوانين العاملين، هنا يتحدد الاختصاص وفقا لاهمية الوظيفه وخطورتها ومسئولياتها وما اذا كانت تعد من الوظائف الرئيسية بالمرفق تبعا لذلك ، ويضاف الى ذلك مرتب الوظيفه المقرر عنها (١).

اختصاصات المحاكم الادارية :

اولا : تحديد الاختصاص نوعيا : (م/١٤) :

حددت المادة (١٤) من قانون مجلس الدولة اختصاص المحاكم الادارية اذ نصت على ـ تختص المحاكم الادارية :

(١) بالفصل فى طلبات الغاء القرارات المنصوص عليها فى البنود ثالثا ورابعا من المادة (١٠) متى كانت متعلقه بالموظفين العموميين من المستوى الثانى والمستوى الثالث ومن يعادلهم . وفى طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات.

(٢) بالفصل فى المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافات المستحقه لمن ذكروا فى البند السابق او لورثتهم .

(٣) بالفصل فى المنازعات الواردة فى البند الحادى عشر من المادة (١٠) متى كانت قيمة المنازعه لاتتجاوز خمسمائه جنيه.

ويلاحظ ان هذه الاختصاصات تتعلق بنوعين من المنازعات هما : طعون الموظفين العموميين (الغاء وتعويضا)، من المستوى الثانى والمستوى الثالث ومن يعادلهم .

ومنازعات العقود الادارية، متى كانت قيمة المنازعه لاتجاوز ٥٠٠ جنيه .

---

(١) الادارية العليا : الطعن رقم ٦٥٠ لسنه ١٦ق فى ١٩٧٤/١١/٩، مج س٢٠ ص٧ ،طعن رقم ١ لسنه٤ ق فى ١٩٥٨/١١/٢٢، مج س٤ ص١٨٨ طعن ١٤٧ لسنه ٤ ق فى ١٩٥٨/١١/٢٢، مج س٤ ص ٢٠٩ .

وهنا نلحظ اعمال معيار اهمية المنازعة (او مستوى الوظيفة) فى تحديد الاختصاص . على انه ليس هناك مايمنع من اضافة منازعات اخرى الى المحاكم الادارية ، بشرط النص على ذلك صراحة قانونا ، ومن ذلك مانص عليه القانون رقم ١٤ لسنه ١٩٨١ فى شان التعاون السكانى ، فى المادة ٦٥ والتى نصت على ان " لكل ذى شان الطعن على القرارات الادارية الصادرة برفض طلب شهر الجمعية التعاونية او بوقف تنفيذ قرار مجلس الادارة او حل المجلس وتعيين مجلس ادارة موقت او انقضاء الجمعية او حلها او ادماجها او تقسيمها امام المحكمة الادارية المختصة . اما القرارات الصادرة بشأن الاتحاد فيكون الطعن فيها امام محكمة القضاء الادارى ـ وفى جميع الاحوال يجوز للمحكمة القضاء بصفه مستعجله بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه متى طلب منها ذلك " .

وسبق ان اوضحنا انه يدخل فى اختصاصات المحاكم الادارية المنازعات المتعلقه بالعمد والمشايخ ، والمأذونين ، لانهم لايعدون من الوظائف العليا او وظائف المستوى الاول .

ثانيا : توزيع الاختصاص مكانيا : (م/٥) :

تقضى المادة (٥) من قانون مجلس الدولة بان " يكون مقار المحاكم الادارية فى القاهرة والاسكندرية ، ويكون لهذه المحاكم نائب رئيس يعاون رئيس المجلس فى القيام على تنظيمها وحسن سير العمل بها .

ويجوز انشاء محاكم ادارية فى المحافظات الاخرى بقرار من رئيس المجلس وتصدر احكامها من دوائر تشكل كل منها برئاسة مستشار مساعد وعضوية اثنين من النواب على الاقل . وتحدد دائرة اختصاص كل محكمة بقرار من رئيس مجلس الدولة ، واذا شمل اختصاص المحكمة اكثر من محافظة جاز لها ان تنعقد فى عاصمة اى محافظة من المحافظات الداخله فى اختصاصها ، وذلك بقرار من رئيس مجلس الدولة " .

واذا اجاز المشرع انشاء محاكم ادارية بالمحافظات، فقد صدرت قرارات رئيس مجلس الدولة بانشاء محاكم ادارية بمدن المنصورة وطنطا وكما صدر قرار رئيس مجلس الدولة رقم ٣٩٦ لسنه ١٩٧٢ بشان تعيين المحاكم الادارية وتحديد دائرة اختصاص كل منها في القاهرة والاسكندرية •

ومن هذه القرارات يتضح ان المشرع قد احدث مغايرة في توزيع الاختصاص المكانى بين المحاكم الادارية بالقاهرة وبين ماعداها من المحاكم الادارية خارج القاهرة •

فبالنسبة للمحاكم الادارية خارج القاهرة: حدد المشرع المصالح الحكومية التى يحق لكل محكمة ادارية ان تنظر فى القضايا التى ترفع عليها •

اما بالنسبة للمحاكم الادارية في القاهرة: فهناك محكمة ادارية خاصة برئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء ووزارات التخطيط والداخلية والخارجية والعدل والطيران المدنى والجهاز المركزى للمحاسبات والهيئات التابعة لهذه الوزارات وكذا المجلس الاعلى للشباب ، كما تختص هذه المحكمة بمنازعات المحافظات المتعلقه بمهام هذه الوزارات •

٢ ـ وهناك محكمة ادارية خاصة بمنازعات وزارات التعليم والثقافه والاعلام والقوى العاملة والهيئات التابعة لهذه الوزارات، ومنازعات المحافظات المتعلقة بمهام هذه الوزارات•

٣ ـ وثمه محكمة ادارية خاصة بنظر منازعات وزارات : الصحة والاسكان والاوقاف وشئون الازهر والشئون الاجتماعية ،والهيئات التابعه لهذه الـوزارات ، ومنازعات المحافظات المتعلقه بها ايضا •

٤ ـ ومحكمة ادارية خاصة بنظر منازعات وزارات: الماليه والاقتصاد والتموين والزراعة والكهرباء والصناعة والبترول والجهاز المركزى للتنظيم والادارة ، والهيئات التابعه لهذه الوزارات ومنازعات المحافظات المتعلقة بهـذه الوزارات •

٥ ـ ومحكمة ادارية لنظر المنازعات الخاصة بوزارات: الري والانتاج الحربي والهيئات التابعة لها ومنازعات المحافظات المتعلقة بهاتين الوزارتين.

٦ ـ محكمة ادارية لنظر منازعات وزارات: المواصلات والنقل والهيئات التابعة لها ومنازعات المحافظات المتعلقه بهما .

وقد اطلق بعض الفقه على هذا النوع من الاختصاص بالاختصاص المرفقي او الوزاري (١) .

وقد قضى بان المناط في اسناد الاختصاص لاحدى المحاكم الادارية هو اتصال الجهة الادارية بموضوع المنازعة لا بمجرد تبعية الموظف لهذه الجهة ولو كان قد نقل منها مالم يكن ذلك بسبب حلولها محل الجهة الاولى في القيام على المرفق ، اذ هي الجهة الاقدر على تقديم البيانات والمستندات المتعلقة بالدعوى ويعتبر هذا المناط من النظام العام ، ويسري ايضا على اختصاص اللجان القضائية (١٤/١٢/١٩٥٧) . لما قضى بانه لا يشترط تمتع المصالح والادارات الاقليمية بالشخصية المعنوية المستقله لامكان مقاضاتها منفصلة عن وزاراتها امام المحاكم الاقليمية (٢) .

---

(١) راجع: حكم الادارية العليا في الطعن ١٥٢٠ لسنه ١٠ ق في ٢٠/٦/٦٥ ١٧٤١ لسنه ٩ ق في ٢٤/٣/١٩٦٣ ، مج س ٨ ص ٩٤٢ ، ١٧٥٨ لسنه ٢ ق في ١٨/٥/١٩٥٧ ، مج س٢ ص ١٠٦٢ ، ٩٧٣ لسنه ٢ ق ، ٧٢ لسنه ٣ ق في ٢٢/٦/١٩٥٧ ، مج س٢ ص ١٢٠٢ .

(٢) راجع حكم الادارية العليا في القضية رقم ٦٣٥ لسنه ٥ ق في ٢/٨/١٩٦٠ ، مج س٥ ص ١٢٢ وجاء به "المناط في تحديد الاختصاص بين المحاكم الادارية التي مقرها القاهرة وبين المحكمة الادارية بالاسكندرية ، هو اتصال المنازعه موضوعا بمصلحة من مصالح الحكومة في هذه المدينة ، لا يلزم لذلك كون المصلحة ذات شخصية معنوية ، او ليست لها هذه الشخصية وذلك ان الهدف من هذا التحديد هو تيسير نظر المنازعه امام محكمة الاسكندرية بحكم قربها من تلك المصالح ووجود عناصر المنازعه واوراقها فيها" .

واذا كان ذلك هو توزيع الاختصاص بين محاكم القسم القضائي بمجلس الدولة ، فانه تجدر الاشارة الى ان المحكمة الادارية العليا ، بوصفها اعلى محكمة للقضاء الاداري في مصر ، تتولى حسم المشكلات توزيع الاختصاص بين محاكم القسم القضائي بمجلس الدولة وسواء اكان في صورة التنازع السلبي او الايجابي ، وان كانت صورة التنازع السلبي هي الغالبة . فتتولى الادارية العليا من خلال الطعون التي ترفع ضد احكام محكمة القضاء الاداري ـ تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، ومن ثم احالتها اليها للفصل في موضوعها . وقد قضى بانه في التنازع السلبي للاختصاص بين المحكمة الادارية لوزارة الداخلية وبين محكمة القضاء الاداري ـ اذ قضت كل منهما بعدم الاختصاص مع الاحالة ـ فان الطعن على الحكم الاخير يحرك رقابة المحكمة الادارية العليا على الحكمين السابقين رغم فوات مواعيد الطعن ، لان من شان القول بغير ذلك بقاء التنازع السلبي بلا رقابة مهيمنة تعالجه وتحسمه وهي نتيجة تفضي الى قصور في العدالة وانكار للقضاء[1] .
ويلاحظ ان الطعن في حكم احدى المحكمتين المتنازعتين تنازعا سلبيا يثير مسألة النزاع برمته ، ونهائية الحكم بعدم الاختصاص الصادر من المحكمة الاخرى لايمنع من احالة الدعوى اليها .

ويلاحظ ان الحكم الصادر من الادارية العليا سواء بحسم النزاع في موضوع برمته او في شق منه او في مسأله قانونية او واقعية متعلقه به كمسأله الاختصاص ، هو حكم قطعي يجوز حجية الشيء المحكوم فيه ، كقرينة قانونيه حاسمة بصحته ، ولا يغير من هذه الحجية صدور حكم مغاير من ذات المحكمه بالهيئة المشكله طبقا للمادة (٥٤) مكرر من القانون ٤٧ لسنه ١٩٧٢ (وتسمى

---

(١) الادارية العليا في الطعن رقم ١٢٢٧ لسنه ٦ ق في ١٩٦٢/١/١٠ ، مج س ٧ ص ٢٦٩ ، القضية رقم ١٧٥٨ لسنه ٢ ق ، سبق الاشارة اليه .

الدائرة الخاصة اودائرة ال(١١)، ومرد ذلك ان اختصاص هذه الهيئة يقتصر على الطعون التى تحال اليها من دوائر المحكمة الادارية العليـــا لترسى فيها مبدأ يستقر عليه، ومؤدى ذلك الا تنسحب الاحكام الصـــادرة من تلك الهيئة على الاحكام السابق صدورها باحازته من حجية (١) .

ومما يتعين ملاحظته انه اذا اتى قانونا جديدا باحكام معدلة للاختصاص فان احكام هذا القانون الجديد تسرى على الدعاوى السابقه التى لم يقفل باب المرافعه فيها اعمالا للاصل العام فى قانون المرافعات (٢) .

والمبادئ العامة فى قواعد الاختصاص هى : تعلق الاختصاص النوعى بالنظام العام، ذلك ان الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع التى تثار فـى ايه حاله كانت عليها الدعوى، بل وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبحث فـى تحديد ولايتها فان ثبت لها عدم اختصاصها ، لها ان تقضى بذلك من تلقاء نفسها (٣) .

والبحث فى مسألة الاختصاص سابقه على البحث فى شكل الدعوى ، ولذا يلزم الفصل فيه على بحث النزاع (٤) .

---

(١) الادارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٩٧ لسنه ٣٢ق فى ١٩٨٧/٥/٢٣، (غير منشور) .

(٢) الادارية العليا فى القضايا رقم ٢٩٦ لسنه١ ق فى ١٩٥٦/١/٢١ ، مج س١ ص ٤٤٩ ، القضية ١٧٨٩ لسنه٢ ق فى ١٩٥٧/٦/٨، مج س ٢ ص ١١١ .

(٣) الادارية العليا فى القضية رقم ٦٤٥ فى ١٩٦٤/١١/٢١، (مجموعـه العليا فى عشر سنوات، ص ٧٢١) .

(٤) الادارية العليا فى الطعن رقم ١٣٥ لسنه٢ ق فى ١٩٥٧/٦/٥، مج س٢ ص ١٥١

المبحث الثالث

كيفيه حل التنازع على الاختصاص

بين جهتى القضاء العادى والادارى

تحديد المشكله ـ تشكيل المحكمة الدستورية العليا ـ اختصاصاتها ـ التنازع الايجابى ـ التنازع السلبى ـ تناقض الاحكام .

تحديد المشكلة : سبق ان المحنا الى ان اثارة مشكلات تنازع على الاختصاص او تحقق تضارب فى الاحكام ، يعد من النتائج الطبيعية لتعدد جهات القضاء فى احدى الدول . ومن ثم كان لازما ايجاد جهة قضائية اعلى لحل هذه الاشكالات ، وحله هذا التضارب . وقد اسندت هذه المهمة ـ فى فرنسا ـ الى محكمة التنازع . فما هو الوضع فى مصر؟

ـ من المعلوم ان مصر اخذت بنظام القضاء المزدوج اعتبارا من سنة ١٩٤٦ ومع ذلك لم تنظم مشكلة حل تنازع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والادارى الا فى عام ١٩٤٩ بمقتضى احكام القانون رقم ١٤٧ لسنه ١٩٤٩ والمعدل بالقانون رقم ٤٠٠ لسنه ١٩٥٣ ، بشأن نظام القضاء ، فاسندت هذه المهمة الى محكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية لايقل عددها من احدى عشر عضوا . وقد انتقد هذا الوضع ـ بحق ـ لكونه اناط باحدى الجهتين مهمة الفصل فى مشكلات التنازع بينها وبين الجهة الاخرى ، فتلعب بذلك دور الخصم والحكم ـ فى آن واحد ـ فضلا عن تشبع فكر هذه المحكمة باحكام ومبادئ القانون الخاص ، مما قد يثير احتمال الانحياز لجهة القضاء العادى .

ـ واستجابه لهذا النقد ، انشئت "محكمة للتنازع" بمقتضى القانون رقم ٥٦ لسنه ١٩٥٩ بشان السلطة القضائية ، وان عابه اسناد رئاسة هذه المحكمة الى رئيس محكمة النقض او احد نوابه ، فضلا عن تغيير اعضائها سنويا طبقا لاختيار الجمعية العمومية مما لايحقق استقرار المبادئ ، اذ قد حددت

المادة ١٧/ تشكيل المحكمة برئاسة رئيس محكمة النقض او احد نوابه، وعضوية سته مستشارين ثلاثه من مستشاري محكمة النقض تختارهم الجمعية العمومية سنويا ، ومثلهم من مستشارى المحكمة الادارية العليا يختارهم الجمعية العمومية للمجلس سنويا .

- ثم اعيد النص على نفس التشكيل في م/١٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنه ١٩٦٥ .

- وبمقتضى القانون رقم ٨١ لسنه ١٩٦٩ اسند المشرع مهمة حل اشكالات التنازع وازالة تناقض الاحكام الى المحكمة العليا .

- ثم جاء دستور ١٩٧١ ، ونص على انشاء المحكمة الدستورية العليا ـ لاول مرة ـ في المواد (١٧٤ ـ ١٧٨) ـ وانيط بها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وتفسير النصوص التشريعية ، فضلا عما يضيفه القانون اليها من اختصاصات اخرى (م/ ١٧٥) .

وقد روعى (لكل ماتقدم) ابقاء اختصاص حل اشكالات التنازع وازالة التضارب بين الاحكام للمحكمة الدستورية العليا ، لان في اختصاص جهة قضائية محايدة تماما عن كل من القضاء العادى والادارى وسائر الهيئات ذات الاختصاص القضائي مايحقق كل الضمانات ، بحيث تستقر المبادئ في كثير من مجالات الخلف التى كانت تتضارب فيها احكام تلك الجهات فيما يتعلق باختصاصها [1] .

---

(١) راجع: المستشار احمد ممدوح عطيه ، دراسة مقارنه تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا ، محاضرة القيت بالجمعية المصرية للاقتصاد والسياسى والاحصاء والتشريع ، في ١٩٧٩/٩/٢٣ ـ منشور بمجلة المعاصرة ، العدد ٣٧٥ ، مجموعة الدستورية العليا ، الجزء الاول ص ١٠٩ ـ ومابعدها .

وسوف نتناول تنظيم تلك المحكمة، واختصاصاتها، وعلى وجه الخصوص في مجال التنازع على الاختصاص والتضارب في الاحكام.

المحكمة الدستورية العليا - تشكيلها :

اعمالا لاحكام الدستور، صدر القانون رقم ٤٨ لسنه ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا [١]، ونص في م/٣ على ان : " تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الاعضاء، وتصدر احكامها وقراراتها من سبعة اعضاء، ويرأس جلساتها رئيسها او اقدم اعضائها ...".

ويعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية. كما يعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد اخذ راى المجلس الاعلى للهيئات القضائية، وذلك من بين اثنين ترشح احدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الاخر رئيس المحكمة (م/٥).

واشترط القانون فيمن يعين عضوا بالمحكمة ان تتوافر فيه الشروط اللازمة لتولي القضاء طبقا لاحكام قانون السلطة القضائية، والا تقل سنه عن خمس واربعين سنه ميلادية وان يكون اختياره من بين الفئات الاتية :

- اعضاء المحكمة العليا الحاليين - اعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن امضوا في وظيفه مستشار او مايعادلها خمس سنوات متصلة على الاقل - اساتذه القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن امضوا في وظيفه استاذ ثماني سنوات متصلة على الاقل - المحامين الذين اشتغلوا امام محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا عشر سنوات متصلة على الاقل (م/٤).

واشترط القانون الا يقل عدد اعضاء المحكمة من اعضاء الهيئات القضائية عن الثلثين (م/٥).

---

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٣٦ الصادر في ٦ سبتمبر ١٩٧٩.

اختصاصاتها : م/٢٥ : تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما ياتى :

(اولا) : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

(ثانيا) : الفصل فى تنازع الاختصاص ،بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء او الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، وذلك اذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد امام جهتين منها ولم تتخل احدهما عن نظرها او تخلت كلتاهما عنها .

(ثالثا) : الفصل فى النزاع الذى يقوم بشان تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من ايه جهة من جهات القضاء او هيئة ذات اختصاص قضائى والاخر من جهة اخرى منها (١) .

ويهمنا هنا اختصاصها لمحكمة الدستورية العليا بكل من : الفصل فى تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية ، والفصل فى تضارب الاحكام .

اولا : تنازع الاحكام ، صوره :

ياخذ التنازع على الاختصاص بين جهات القضاء او الهيئات ذات الاختصاص القضائى احدى صورتين : التنازع الايجابى والتنازع السلبى .

١ ـ التنازع الايجابى : مناط التنازع الايجابى ، هو ان تطرح الدعوى عن موضوع واحد امام جهتين من جهات القضاء او الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، ولاتتخلى احداهما عن نظرها .

فالشرط فى تحقق التنازع الايجابى ، هو كون الخصومة قائمه فى وقت واحد امام الجهتين المتنازعتين ، عند رفع الامر الى المحكمة الدستورية

---

(١) كما تختص المحكمة الدستورية العليا ، ايضا بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطه التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لاحكام الدستوره اذا اثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الاهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها م (٢٦) .

العليا ، مما يبرر الالتجاء الى هذه المحكمة لتعيين الجهة المختصة بنظرها والفصل فيها . اما اذا صدر حكم نهائي فى الخصومة من احدى الجهتين فلا يكون ثمه مبرر لتعيين المحكمة المختصة ، اذ تكون هذه الجهة قد استنفدت ولايتها وخرجت الخصومة من يدها بصدور الحكم النهائي فيها . ومن ثم لاتكون الدعوى قائمة الا امام جهة قضائية واحدة [1] .

وعلى ذلك فان تمسك احدى جهتي القضاء باختصاصها الفصل فى المنازعة ، دون ان يثبت ان جهة القضاء الاخرى قد قضت باختصاصها بالفصل فى المنازعة او قضت هى الاخرى فى نظرها ، مما يفيد عدم تخليها ، لايتحقق به التنازع الايجابى على الاختصاص بين الجهتين .

٢ - التنازع السلبى :

على العكس من التنازع الايجابى ، يتحقق التنازع السلبى حين تطرح الدعوى عن موضوع واحد امام جهتين من جهات القضاء او الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، وتتخلى كلتاهما عن نظرها . وعلى ذلك فاذا طرح النزاع على جهه قضائية واحده ، فلا يتوافر التنازع على الاختصاص سلبيا . وكذلك الحال اذا تخلف شرط وحده الموضوع فيما عرض على الجهه القضائية وما طرح على جهة قضائية اخرى ، فلا يتحقق التنازع السلبى على الاختصاص ايضا [2] .

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ، فى القضيه رقم ٩ لسنه ٤ ق (تنازع) فى ١١/٦/١٩٨٣ ، مج الدستورية العليا ، جـ٢ ص٢٦٧ .

(٢) المحكمة الدستورية العليا ، القضية ٤ لسنه ١ ق (تنازع) فى ٢/٢/١٩٨٠ ، مج الدستورية العليا ، جـ١ ص٢٤٨ .

اذا كان ذلك شكل صور التنازع على الاختصاص ، فانه يجب ملاحظه مايلى :

- يجب ان تتضمن صحيفة دعوى التنازع كافة البيانات من بيان اسماء الخصوم وصفاتهم وموطنهم واسباب الطلب بالتنازع واسانيده ، (وهى صدور حكمين فى دعوتين ، من جهتى القضاء العادى والادارى اوجهة ذات اختصاص قضائى باختصاص كل منهما اوعدم اختصاصهما بنظر ذات النزاع .
- ان طلب الفصل فى تنازع الاختصاص لايعتبر طريقا من طرق الطعن ولا تجرى بشانه المواعيد المقررة لها ، اذ لم يحدد قانون المحكمة الدستورية العليا (او قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنه ١٩٦٩)ميعادا معينا يجب تقديم الطلب خلاله ، بحيث يترتب على فواته عدم قبوله ، وذلك حرصا من المشرع على عدم اعلان سبيل الطعن لفض التنازع ، وعلى قيام رقابه مهيمنه تحسم الخلاف حول الاختصاص وتحدد الجهة المختصة بنظر النزاع [١] .
- يقصد بجهة القضاء كل جهة تقوم بولايه القضاء والهيئة ذات الاختصاص القضائى هى كل هيئة خولها المشرع سلطه الفصل فى خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الاجراءات القضائية التى يحددها القانون .
- المحكمة الدستورية العليا هى الجهة القضائيه العليا التى ناط بها القانون ولايه حسم التنازع على الاختصاص بين اكثر من جهه من جهات القضاء او الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، ومن ثم لايمكن اثارة

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ١٩ لسنه ١ ق " تنازع " فى ٦ / ١٢ / ٨٠ مج الدستوريه العليا ج١ ، ص٢٧٠ .

تنازع الاختصاص بين هذه المحكمة وجهات القضاء الاخرى ،وتكون احكامها هى الواجبة التنفيذ ، ولو تعارضت مع احكام الجهات القضاء الاخرى[1] .

- يترتب على تقديم طلب حل التنازع بتعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى ، وقف الدعاوى القائمة المتعلقة بدعوى التنازع حتى الفصل فيها ـ ويتجدد وضع الدعوى امام الدستورية العليا بالحالة التى تكون عليها الخصومة امام جهتى التنازع فى تاريخ تقديم الطلب اليها[1] .
- وفاة المتهم فى الدعوى الجنائية المطروحة على جهتى القضاء ، تنتفى معها المصلحة فى دعوى التنازع[2] .

ثانيا : تضارب الاحكام :

تختص المحكمة الدستورية العليا ـ ايضا ـ بالفصل فى النزاع الذى يقوم بشان تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين .

ومناط قبول الطلب فى هذه الحالة ، هو ان يكون احد الحكمين صادرا من ايه جهة من جهات القضاء او هيئة ذات اختصاص قضائى والاخر من جهة اخرى منها . وان يكونا الحكمان قد حسما النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معا .

والمحكمة الدستورية العليا وهى فى مجال الفصل فى النزاع الذى يقوم بشان تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، انما تفاضل بينهما اساسا

---

(١) الدستورية العليا ، القضية رقم ٥ لسنه ٦ ق "تنازع" فى ١٩٨٧/١/٣ ، مج الدستورية العليا جـ٤ ، ص ٤٢٧ .

(٢) الدستورية العليا ، القضية رقم ١٣ لسنه ٨ "تنازع" فى ١٩٩١/٣/٢ ، مج الدستورية العليا ، جـ٤ ، ص٥٥٢ .

(٣) الدستورية العليا ، قضية رقم ١٠ لسنه٤ ق (تنازع" فى ١٩٨٩/٥/٢١ ، مج الدستورية العليا ، جـ٤ ص ٤٨٩ .

طبقا لقواعد الاختصاص ، بحيث تعتد بالحكم الصادر من الجهه التى لها ولاية الحكم فى الدعوى.

وصورة ذلك ان يقضى احد الحكمين برفض طلبات المدعى ، بينما يقضى الحكم الاخر له بذات الطلبات فى دعواه ، وهو مايتعذر نتيجته له تنفيذ الحكمين معا ، لان تنفيذ احدهما لايتأتى الا باهدار حجيه الحكم الاخر. والمحكمة اذ تفصل فى ذلك النزاع انما تفاضل بين الحكمين طبقا لقواعد الاختصاص ، فتعتد بالحكم الصادر من جهة الاختصاص ، بينما تطرح الحكم الاخر[1] ، اما اذا لم يكن ثمه تعارض فى تنفيذ احد الحكمين مع تنفيذ الحكم الاخر ، فلا يتحقق التناقض بينهما فى مجال التنفيذ .

وبديهى ان يتوافر فيمن يرفع دعوى التنازع ذوى الصفه فى رفع الدعوى ، وهو لايكون كذلك الا اذا كان طرفا فى المنازعات او الخصومات التى صدرت بشانها الاحكام الايجابية او السلبية او المتناقضه .

وقد قضى بان : "اقتصار جهة القضاء الادارى على الحكم مؤقتا بوقف تنفيذ حكم المحكمة العسكرية (وهو حكم وقتى لايقيد المحكمة عند نظر الموضوع) فى دعوى تأديبية على انه قرار ادارى دون الفصل فى موضوعها ، لايتحقق به التناقض على الحكم الصادر من المحكمة العسكرية فى موضوع الدعوى التأديبية ايا كان الرأى فى شان طبيعته" [2] .

ويلاحظ ان تنفيذ احد الحكمين يترتب عليه انتفاء قيام التنازع بينهما فى مجال التنفيذ ، ومن ثم اذا عرض مثل ذلك النزاع على الدستورية

(١) المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ٩ لسنه ١ ق " تنازع " فى ١٩٨١/١٢/٥ مجموعة الدستورية العليا ، جـ٢ ، ص ٢٢٣ .

(٢) الدستورية العليا فى القضية رقم ٨ لسنه ٤ ق " تنازع " فى ١٩٨٣/٣/١٩ ، جـ٢ ص ٢٥٤ ، القضية ٢ لسنه ٤ ق فى ١٩٨٣/٥/٧ ، جـ٢ ص ٢٥٨ .

فانها تقضى بعدم قبل دعوى التنازع[1] .

واخيرا ، فانه يتعين ملاحظة ان احكام الدستورية العليا وقراراتهـا ملزمة لجميع سلطات الدولة وللعامه وغيرقابله للطعن .

اذا كانت تلك هى احكام قواعد الاختصاص القضائى لمجلس الدولـه سواء من حيث توزيع الاختصاص بين محاكم القسم القضائى او حـل التنازع فى الاختصاص بين هذه المحاكم او اخيرا احكام حل التنـازع على الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائى وقد عرضنا لها بايجاز مناسب ،مراعيين الاشارة دائما الى احـدث التطبيقات القضائية للموضوع سواء فى مصر او فى فرنسا .

فما موقف الشريعه الاسلامية من تنظيم جهات القضاء؟ وهل عرفـت الشريعة الاسلامية نظام القضاء الادارى ؟ وبأى صورة ؟ وماهـى اختصاصاته ؟ .

هذا ما اردنا ان نفرد له بحثا مستقلا ـ خاصا ـ على مايلى :

---

(١) الدستورية العليا ، فى القضية رقم ١٣ لسنه ٤ ق "تنازع" فى ١٩٨٣/١٢/١٨ جـ٢ ص ٢٨١ .

" مبحث خاص "

تنظيم القضاء الادارى

فى الاســـلام

اولا ـ الشريعة الاسلامية اصل كل النظريات الادارية :

اذا كانت نظريات القانون الادارى التى يعرفها الفقه المعاصر ، واحدة ايا كان شكل الدولة ، فنظريات الموظف العام والمرافق العامة والقرارات الادارية والتنفيذ المباشر والاحكام القضائية كلها تنشــــأ وتعيش فى كل جماعة مهما بلغت قدرا من التنظيم ، واعترفت صراحـــة او ضمنا بسلطة فرد أو افراد يقومون عليها وتوكل اليهم امورها ، فــان الذى لا مراء فيه هو ان الشريعة الاسلامية كانت اسبق من كل النظم الحديثة فى الاخذ بهذه النظريات جميعها ـ ولنأخذ مثالا الموظــف العام ، من هو؟ اليس هو كل شخص يساهم فى خدمة مرفق عام بصفــة منتظمة ، اذا كان ذلك فماذا يمكن ان نطلق على الوالى او الامــير او العامل او الصاحب فى الشريعة الاسلامية .. اليسوا جميعا مــن الموظفين العموميين ، مثال اخر يعرف الفقه الحديث القرار الادارى بانه " افصاح الجهة الادارية عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح فى احداث اثر قانونى ملزم ابتغاء تحقيق المصلحـــة العامة " ، ونحن نتساءل ماذا يمكن ان يطلق على امر الرسول صلى الله عليه وسلم للمسلمين بالهجرة للحبشة ـ ثم بعد ذلك الى المدينة ؟ وماذا يطلق على كل ماتم فى حياته صلى الله عليه وسلم وفى حياة خلفائه من بعده .. من تعيين ولاة او امراء سرايا ؟ اليست هذه قرارات اداريه بمفهومنا الحديث ، وان لم يطلق عليها ذلك المصطلح وقتها ، وهكــذا فيما يتعلق بنظرية المرفق العام (البريد ـ الخراج ـ الشرطة ـ الحسبة ـ القضاء) ، اليست هذه مرافق عامة بالمعنى الذى نعرفه اليـوم ؟

ويصدق ذلك ايضا في كل ما يتعلق بنظريات القانون الادارى ـ التى يقال انها حديثه ـ كنظرية التنفيذ المباشر او نظرية الاحكام ... الخ .

ثانيا ـ الشريعه الاسلاميه كانت الاسبق في تحديد المنازعات الادارية :

متى ثبت ان عناصر الجهاز الادارى للدولة الاسلامية (في مراحلها المتتابعه)، لاتختلف في حقيقتها عن تلك التى تتميز بها في الدولة المعاصرة، فانه مما لايثير جدلا معرفه الشريعة الاسلامية لما يسمى ـ حاليا ـ بالمنازعات الادارية التى هى مناط اختصاص جهة القضاء الادارى في الدول التى تأخذ بازدواجية نظام القضاء ذلك ان المنازعات الادارية هى منازعات لاسبيل الى تلافيها باعتبارها نتيجه طبيعيه بل وحتمية لتعارض المصالح وتضاربها .

وهى كذلك منازعات لاسبيل الى تجاهلها او التهوين من قدرها او خطورتها ، اذ السلطة العامة هل هى معصومة من الزلل؟ فمن الذى يحول دون انحرافها بما يهدد حقوق الافراد وحرياتهم العامة؟

واذا كانت تلك طبيعة المنازعات الادارية؟ فهل يمكن ان تترك وشأنها . الاجابة حتما لاتكون الا بالنفي . لذا نشأت فكرة وجود قاض عادل تعود اليه المنازعة الادارية، يقارن بين المصالح المتنافرة محاولا التوفيق بينها . قاض يلجأ اليه كل من الفرد والادارة على السواء، يلجأ اليه الفرد الذى تعوزه القوه في مواجهة السلطه الحاكمه، فيرد هـا القاضى الى جادة الصواب، كما تلجأ اليه الادارة لتبرير تصرفاتها بانها استهدفت من ورائها تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فان على الفرد ان يتحمل القدر المعقول في سبيل الجماعه التى هو جزء من بنيتها وخلية من خلاياها . هذا القاضى يشترط فيه ان يكون حذرا متبصرا واسع الافق عميق النظره ذكى التفكير . هذا القاضى الذى ينظر في

المنازعات الادارية، هو ما اصطلح على تسميته بالقاضي الاداري وقضاؤه هو القضاء الاداري. هذا القاضي وذلك النوع من القضاء عرفه الاسلام، وتطور كلاهما تبعا لمراحل تطور الدولة الاسلامية لاشك في ذلك. ومن اياته مايلي :

١ ـ سيادة القانون في المجتمع الاسلامي :

سبق ان بينا ان مسلك الدول المعاصرة ،لايخرج عن اثنين :

الدولة البوليسيه: ذات السلطان المطلق تجاه الافراد . وعلى الفرد ـ فيها ـ ان يتقبل نشاط الدولة، ولو اعتقد انه خروج صريح على القاعدة القانونية. فليس له قاض يشكو اليه الادارة، ويرفع اليه ظلامته من تصرفيها .

الدولة القانونيه: وفيها يخضع كل من الحكام والمحكومين لسلطان القانون، فكلاهما سواسيه امام القانون، ويتعرض من يخالف احكام القانون (بمعناه العام) للجزاء المحدد ، وهو بالنسبة للافراد قد يصل الى العقوبة المقيدة للحرية، اما الجزاء بالنسبة للادارة فيتمثل في تقرير بطلان تصرفها (عدم شرعيته) .

واذا تساءلنا عن السلطه التى تملك توقيع الجزاء، خاصة تقرير عدم مشروعية تصرفات الادارة المخالفة للقانون، فنجد ان الدول قد اخذت باحدى نظامين في هذا الشأن : اما وحده القضاء او ثنائيه القضاء .

ففي نظام وحده القضاء ، يضطلع القضاء العادى بمهمة الفصل في المنازعات الادارية ـ كما هو الحال في انجلترا مثلا ـ ، اما في نظام ازدواجية القضاء ، فتوكل مهمة الفصل في المنازعات الادارية لقضاء متخصص ، هو القضاء الادارى ، يقوم الى جانب القضاء العادى، والذى يتولى مهمة الفصل في المنازعات الفردية ـ كما هو الحال في مصر وفرنسا ـ

واذا كان ذلك كذلك، ففي ايه فئة تدخل الدولة الاسلامية؟
اليست الدولة الاسلامية -منذ نشأتها- دولة قانونية بالمعنى الدقيق في ذلك، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، فعن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال "سيليكم بعدى ولاة فيليكم البر ببره، ويليكم الفاجر بفجوره، فاسمعوا له واطيعوا في كل ماوافق الحق، فان احسنوا فلكم وان اساءوا فلكم وعليهم". فلاتجب الطاعه والنصرة للامام متى تغير حاله واصابه الجرح في عدالته، وارتكب المحظورات واقدم على المنكرات تحكيما للشهوة، وانقيادا للهوى وخطبة ابي بكر عندما تولى الخلافه - وهي معلومة جيدا، دليل واضح على ذلك ايضا. اذن فمبدأ الشرعية في النظام الاسلامي كان اكثر ضبطا واقوى بنيانا منه في ايه دوله معاصره[1].

٢ - حماية الاسلام لحقوق الانسان الاساسية: يقول ابو الاعلى المودودى[2]:
"ان تصور حقوق الانسان الاساسية ليس جديدا علينا نحن المسلمين، قد يبدأ في نظر الاخرين بميثاق الامم المتحدة او العهد الاعظم الانجليزى MAGNA CARTA ،لكن بدايته عندنا بعيد، في القدم والعراقة". ومما عددة من هذه الحقوق: حق الحياه، وحماية الضعفاء، وصون كرامة النساء والحماية الاقتصادية والعدل والانصاف،

(١) انظر ماسبق في الباب التمهيدى عند دراستنا مبدأ الشرعية في الاسلام وراجع ايضا: د. عبد الفتاح حسن، القضاء الادارى في الاسلام، مجلس الدولة السنوات (٨-١٠)، سنه ١٩٦٠، ص٣٥٠ - ومابعدها الماوردى، الاحكام السلطانية، ص١٥.

(٢) مؤلف الحكومة الاسلامية، الطبعه الثانية، سابق الاشارة اليه ص ١١٥.

وحق المساواه ، وحق اجتناب المعاصي ، وحق رفض طاعة الظالم ، وحماية الحرية ، وحماية الملكية ، وحرية الرأى ، وحرية الاعتقاد .. الخ (١)

٣- تنظيم القضاء : وقد صار القضاء فرضا على المسلمين ، وورد ذكره في اكثر من موضع في القرآن الكريم في قوله تعالى " فاحكم بينهم بما انزل الله ، ولا تتبع اهواءهم عما جاءك من الحق " المائدة : ٤٨ - " فلاوربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما " النساء : ٦٥ - " فان جاؤك فاحكم بينهم او اعرض عنهم . وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا . وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط . ان الله يحب المقسطين ." المائدة : ٤٢ - " يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم ، فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الاخر ، ذلك خير واحسن تأويلا " النساء : ٥٦ .

وكان النبي صلى الله عليه وسلم يتولى القضاء بنفسه ، او ينيب في ذلك عنه احدا من صحابته . وكذلك فعل ابوبكر من بعده . وفي عهد عمر خطا التنظيم القضائي خطوة جزئية ، بظهور القاضي المتفرغ الذى لا يلي غير القضاء ، فعهد بالقضاء الى ثلاثة من اهل الدين والعلم (وتفرغ هولا هواهم) ، فجعل ابا الدرداء معه في المدينه ، وبعث شريحا الى البصرة ، وولى ابا موسى الاشعرى بالكوفة(٢) وكانت الخطوة الثانية لتطور النظام القضائي ، بتعيين قاضي للقضاه ، في عهد هارون الرشيد ، الذى قلد هذا المنصب ابا يوسف الحنفي صاحب كتاب الخراج ، فكان بمثابة القاضي الاول واليه يرجع امر القضاء في الديار الاسلامية ، ثم تلى ذلك تطورا اخر باضافة صلاحيات اخرى للوظيفة القضائية .

---

١) انظر في ذلك : فضيلة الاستاذ الشيخ عبدالوهاب خلاف ، السلطات الثلاث في الاسلام (التشريع ، والقضاء ، والتنفيذ) ١ - في عهد الرسول . ٢ - في عهد الصحابه ، منشورة بمجلة القانون والاقتصاد - السنة / ٥ العدد / ٥ ، سنة ١٩٣٥ ص ٥٠٨ ومابعدها ، السنة/٦ - العدد / ٤ - سنة ٩٣٦ ، ص ٤٣٩ ومابعدها . ابو الاعلى المودودى ، المرجع السابق ص ١٩٦ وما بعدها .

٢) انظر في ذلك : د . عبدالفتاح حسن . المرجع السابق ، ص ٣٧١ ، والمراجع العديدة التى اشار اليها سيادته .

وكان الطابع المشترك للتنظيم القضائي ،في جميع العهود ، هــو اندماج السلطتين التنفيذية والقضائية ، ذلك لان الاصل هو ان القضاء من اعمال الرسول او الخليفة ، اما الان ، فان اندماج هاتين السلطتين يشكل خطرجسيما على الحريات وسيفا مسلطا على الشرعية واحــترام النظم ،الا انه لم يمثل في حينه (العهود الاولى والمتقدمه نسبيـــا) خطر حقيقيا ،ولم يكن امرا خارجا عن نطاق المألوف او عن دائـــرة المعقول . (١)

واما عن صفات القاضي ، وضماناته وقوة احكامه ،فقد اغنت التقاليـــد عن النصوص المكتوبه ، واغناء عنه شخص القاضي الذى فرض احترامه على الجميع ، رؤساء ومرؤسين ، فكان دستور القضاء بذلك دستورا غــير مكتوب .

---

(١) راجع: د . عبدالفتاح حسن ، المقال السابق ،ص ٣٥٨ .

ـ التاريخ الاسلامي عرف القضاء الادارى : صور ذلك :

الخليفة :

قام الخليفة ـ في جميع العصور ـ بدور القاضي الادارى ، بل كان القاضي الادارى الاول في الاسلام ، وماروى عن عمر بن الخطاب يؤكد ذلك المعنى فهو يعلن ان صلاحيات الوالي ليست مطلقه ، اذ عليه ان يستعملها لما فيه الخير العام ، اى انها محدودة بقيد عدم الانحراف بالسلطة ـ المعروف الان ـ ، ثم ان طلبه رضي الله عنه من الناس ان يرفعوا اليه ما خرج من اعمال الوُلاه عن القواعد الشرعية السليمة ، حتى يجازى الاثم بما ارتكبه هو خير دليل على معرفة الاسلام لنظام القضاء الادارى . بل قد ذهب الى اكثر من ذلك ، فكان يستدعي الولاه في مواسم الحج ليفضح الجائز منهم على رؤوس الاشهاد ، او يبعث من يتحرى عنهم ، وكان ثقته في ذلك محمد بن مسلمه ، ويحقق بنفسه في كل شكوى ترفع اليه مهما كانت مرتبة الوالي .

ديوان المظالم :-

وكانت الهيئة الثانية التي تنظر في المنازعات الادارية ، هي ديوان المظالم ، ويعني الالتجاء الى القوه والهيبة لرد المظالم وحماية المظلوم ، فجلس للمظالم عمر والامام علي ، وانشاء الامويون دارا للمظالم وجلس لها عبدالملك بن مروان وعمر بن عبدالعزيز ، وهكذا سارت الدولة العباسية ، وجلس لها منهم المهدى فالهادى فالرشيد فالمأمون واخر من جلس لها منهم المهتدى بالله محمد بن الواثق .

وبالرجوع الى الدراسات المستفيضه في هذا المجال ، يلاحظ ان دار المظالم كانت اقرب الى محكمة ادارية عليا او الى مجلس ادارى اعلى يشرف على تطبيق مبدأ الشرعية ، ومجلس يجمع بين قوة الاداره وعدالة القاضي وحكمه الفقيه ، يتعاونون جميعا على رفع الظلم ايا كان مصدره ، سواء كان مصدره عمال الاداره العامة او قضاتها وسواء نتج ذلك عن تحدى ذوى الجاه والسلطان للقانون او الاحكام القضائية .

اضف الى ذلك ان القاضي الادارى في الاسلام ، كان يقوم بدور انشائي في خلق القاعدة القانونية عند اعواز النص ويطبقها على الواقعة العارضة ، حسبما تقتضيه المصلحة العامه .

وهكذا ادى نظام القضاء الادارى كما عرفته الدوله الاسلامية فائدته المرجوة وحقق سبب وجوده ، حسب ظروفه وبيئته ،واذا كانت الصله بينه وبين نظمنا ، فان ما اداه للعداله من خدمات مثل واضح على تشبع الدوله الاسلامية منذ البداية بروح الانصاف حتى في ناحية القضاء الادارى الذى تعتبره الدول المعاصرة ، اخر مراحل التطور والمميز لدولة القانون . وتلك مره اخرى نعلن فيها علو وسمو وكمال الشريعة الاسلامية الغراء على ماعداها من سائر الشرائع الاخرى .

الباب الثالث

دعوى الإلغاء

تمهيـــد

١ - إمتيازات الإدارة   ٢ - الدعاوى الإدارية

٣ - خصائص دعوى الإلغاء   ٤ - خطة الدراسة

١ - إمتيازات الإدارة :

تتمتع الإدارة بإمتيازات عديدة في مواجهة الافراد . وتتبدى هذه الإمتيازات في ثلاثة :

إمتياز القرار السابق :

ويعني عدم إلزام الإدارة - في جميع الاحوال - بالإلتجاء إلى القضاء لإقتضاء ما تدعيه من حق في مواجهة احد الافراد ، إذ تستطيع - أحيانا - ان تصدر قرارا بما تدعيه ، فلا تنتظر حتى يحكم لها به القضاء .

إمتياز التنفيذ المباشر :

كما أن للإدارة في كثير من الحالات أن تتخذ الإجراءات التنفيذية لقراراتها ، ومعنى ذلك انها تلجأ إلى إمتياز التنفيذ المباشر .

إمتياز مركز المدعى عليه :

وهذا الإمتياز نتيجة للإمتيازين السابقين ، ومؤداه ان الإدارة غير ملزمة برفع دعاوى على الافراد ، وانما للافراد إذا إعترضوا على التنفيذ ، فما عليهم إلا أن يقاضوا الإدارة ، وبذلك يكون الفرد في مركز المدعى والإدارة في مركز المدعى عليه ، وهذا يعفي الإدارة من عبء الإثبات الذي كثيرا ما يكون ثقيلا .

وليست هذه - فحسب - الإمتيازات التى تتمتع بها الإدارة ، فثمة إمتيازات عديدة أخرى منها ما تتمتع به - أيضا - بالنسبة للاحكام التى تصدر ضدها ، ذلك أن المبدأ المقرر هو أن القاضى لا يملك أن ينطق فى مواجهتها بجميع انواع الاحكام التى يستطيع إصدارها فى مواجهة الافراد . إذ لا يعدو سلطان القاضى حيالها فى الحكم بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ، أو الحكم بالتعويض المالى عن الاضرار التى تصيب الافراد من جراء سير المرافق العامة أو أعمالها . فلا يستطيع القاضى وهو بصدد دعوى الإلغاء أن يحل محل الإدارة ، فيصدر قرارا جديدا يحل محل القرار الذى يحكم بإلغائه ، أو أن يجبر الإدارة على التصرف بطريقة معينه أو أن يوجه لها أمرا بعمل أو بالإمتناع عن عمل ، أو الحكم عليها بتهديدات مالية لإكراهها على تنفيذ أوامره .

على أن ذلك لا يمنع من قيام الإدارة بتنفيذ الاحكام الصادرة فى مواجهتها (بالضوابط السابقة) ، وإلتزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية مرده ما تتمتع به الأحكام من قوة الشىء المحكوم به ، ولكن رغم ذلك ، فلا توجد وسيلة لإجبار الإدارة على التنفيذ إذا إمتنعت عنه أو أهملت فيه ، ذلك أن التنفيذ الجبرى الذى يستخدم فى مواجهة الافراد لا يمكن الإلتجاء إليه فى مواجهة الإدارة ، لهذا فإن الصيغة التنفيذية لأحكام المحاكم الصادرة ضد الإدارة - بصفة عامة - تخلو من الأمر الموجه إلى رجال القوة العامة بأن تمد يد المساعدة إلى المحكوم له ، وتقوم بالتنفيذ بإستعمال القوة عند الإقتضاء .

ولكن ليس معنى ذلك أن الإدارة حرة فى تنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام أو عدم تنفيذها ، كلا ، إذ إمتناع الإدارة عن تنفيذ الاحكام الصادرة فى مواجهتها يواجه بأحد أمرين :

أولهما الطعن بالإلغاء في قرارها الصريح أو الضمني بالإمتناع عن التنفيذ لمخالفة قرارها للقانون ، وثانيهما رفع دعوى تعويض ضد الإدارة ، لأن إمتناعها عن التنفيذ يكون ركن الخطأ الموجب لمسئوليتها ، بل ويستطيع المضرور مقاضاة الموظف المسئول عن عدم التنفيذ ، وذلك فضلا عما تقرره التشريعات الجزائية من نتائج في مثل هذه الحالات .

الدعاوى الإدارية :

ثمة دعاوى أو طرق طعن مختلفة ترفع أمام القضاء الإداري ، ولكن أبرزها دعوى الإلغاء ودعوى التعويض (دعوى القضاء الكامل) .

دعوى الإلغاء :

يرفعها صاحب المصلحة إلى القضاء الإداري يطلب فيها إلغاء قرار إداري غير مشروع .

أما دعوى التعويض :

فيرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة لإعتدائها على مركزه القانوني الشخصي ، مطالبا القضاء بأن يحكم له على الإدارة بفعل شيء أو بالإمتناع عن فعل شيء ، أو بدفع مبلغ من المال . وعلى ذلك تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى التعويض ، وتتبدى مظاهر الإختلاف بينهما فيما يلي :-

أ - من حيث الإختصاص :

فلا ترفع دعوى الإلغاء إلا أمام القضاء الإداري ، أما دعاوى التعويض فيمكن رفعها أمام القضاء الإداري أو أمام القضاء العادي.

ب - من حيث الإجراءات :

تعد دعوى الإلغاء اكثر يسرا فى إجراءاتها واقل فى نفقاتها بالقياس إلى دعوى التعويض .

جـ - من حيث الموضوع :

موضوع دعوى الإلغاء هو شرعية العمل الإدارى ، إذ المدعى يختصم قرارا إداريا ويطلب من القضاء إلغاءه (لاى من الاسباب التى سنفصلها حالا) ، ولهذا يوصف قضاء الإلغاء بانه قضاء عينى أو موضوعى . اما موضوع دعوى التعويض فهو مركز قانونى فردى بمعنى ان رافع الدعوى يدعى انه صاحب مركز قانونى معين ينشىء له حقا فى مواجهة الإدارة وان الإدارة تنازعه فى اصل هذا الحق او فى مداه ، ومجال تطبيق هذه الدعاوى (العقود الإدارية والإعتداء المادى) ، ونظرا لان موضوع دعوى التعويض ينصب على مراكز قانونية شخصية فقد سمى قضاء التعويض (القضاء الكامل) بالقضاء الشخصى .

د - واما من حيث الحكم الذى يصدر فى الدعويين :

نجد انه فى دعوى الإلغاء تفحص المحكمة القرار الإدارى المطعون فيه لتصل إلى تقرير مشروعيته او عدم مشروعيته ، فإذا ثبت لها عدم مشروعيته حكمت بإلغائه . اما فى دعوى التعويض فإن سلطة المحكمة اوسع مدى إذ تبحث فى اصل الحق وفى مداه ، وإذا ثبت لها احقية المدعى فيما يدعيه حكمت على الإدارة بالوفاء بالتزاماتها قبل المدعى . وللحكم الصادر فى دعوى الإلغاء حجيه عينيه مطلقة قبل الكافة ، اما الحكم الصادر فى دعوى التعويض فليس له سوى حجيه نسبيه .

هـ - ومن حيث مواعيد رفع الدعوى :

فلا تخضع دعوى التعويض لشرط الميعاد ، فيستمر حق ذوى الشأن في رفعها حتى سقوط الحق بالتقادم ، وعلى العكس من ذلك تخضع دعوى الإلغاء لشرط الميعاد المحدد ، وهو ستون يوما من تاريخ إعلان القرار أو نشره أو العلم به ، ما لم يكن القرار معدوما ، فيظل الميعاد مفتوحا حتى مدة التقادم الطويل (خمسة عشرة يوما) . وإذا كانت هذه أوجه الفوارق والتمييز بين كل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض ، فإن ثمة خصائص تتمتع بها دعوى الإلغاء . فما هي ؟

٣ - خصائص دعوى الإلغاء :(١)

ا - دعوى الإلغاء هي طريق الطعن الأساسي بالنسبة لإلغاء القرارات الإدارية ، إلا إذا نص القانون صراحة على طريق خاص من طرق الطعن بالإلغاء .

ب - دعوى الإلغاء طعن قضائي ، بمعنى أنه يرفع لجهة قضائية بالمعنى الصحيح تصدر أحكاما لا معقب عليها من هيئة أخرى .

جـ - دعوى الإلغاء تمثل قضاء موضوعيا وليس شخصيا ، ومعنى ذلك أن رافع الدعوى لا يختصم الإدارة ، ولكنه يختصم قرارا إداريا معينا ويطلب من القضاء تقرير مشروعيته والحكم بإلغائه .

د - دعوى الإلغاء تعد أهم ضمانات الشرعية في الدولة الحديثة ، إذ الحكم الصادر فيها حجيه لدى الكافة .

---

(١) جدير بالذكر أن مصر لم تعرف دعوى الإلغاء بصفة رسمية إلا عند إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ . وإن كانت قد عرفت قبل ذلك نوعا من "القضاء الإلغاء الواقعي" ، والذي نشأ من جرأة بعض المحاكم القضائية .

٤ - خطة الدراسة :

سبق أن قلنا أن مجلس الدولة المصرى يباشر نوعين من الولاية : ولاية الإلغاء ، وولاية التعويض . ونعرض فيما يلى لدعوى الإلغاء ، ثم نتبعها بدعوى التعويض . ونبحث دعوى الإلغاء من حيث شروطها الشكلية أى الشروط الواجب توافرها لقبولها أمام القضاء ، ثم شروطها الموضوعية أى أسباب بطلان القرار الإدارى التى تجيز طلب إلغائه . وبعد ذلك نعرض لخصائص الحكم بالإلغاء وآثار الإمتناع عن تنفيذه . وأخيرا نشير إلى طلب وقف التنفيذ للقرارات الإدارية ، وتختتم الدراسة بإستعراض لطرق الطعن فى أحكام القضاء الإدارى .

وعلى ذلك نقسم الدراسة إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء .

الفصل الثانى : الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء .

الفصل الثالث : آثار الحكم بالإلغاء .

الفصل الأول

الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء

معظم الفقه متفق على ضرورة توافر أربع مجموعات من الشروط هى :

١ - شروط يجب توافرها فى القرار المطعون فيه .

٢ - شروط تتعلق برافع الدعوى .

٣ - شروط الإجراءات والمواعيد .

٤ - شروط إنعدام طريق الطعن الموازى او المقابل .

ونتناول كل من هذه الشروط بشيء من التفصيل ، كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها فى القرار المطعون فيه

يجب لقبول دعوى الإلغاء ان يكون موضوع الطعن قرارا إداريا ويثير هذا الشرط مشكلة التمييز بين الاعمال التى تصدر من السلطات المختلفة فى الدولة ، فضلا عن مشكلة تحديد القرار الإدارى محل الطعن بالإلغاء .

اولا : معيار تمييز القرارات الإدارية عن غيرها من أعمال الدولة :

تتفرع الاعمال التى تصدر من السلطات فى الدولة وهى بسبيل مباشرتها لوظائفها إلى اعمال تشريعية واعمال إدارية وأعمال قضائية . وتخضع كل طائفة من هذه الاعمال لنظام قانوني معين خاص بها يختلف عما يتبع بشأن غيرها . وتبدو أبرز مظاهر الإختلاف فى أن الاعمال الإدارية هى وحدها التى تدخل فى نطاق رقابة القضاء الإدرای مما يوجب ضرورة البحث عن معيار لتمييز هذه الاعمال (الإدارية) عما

عداها من أعمال السلطات العامة الأخرى .

ويتردد الفقه والقضاء - في هذا الشأن - بين معيارين : المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي .

المعيار الشكلي :

ومؤدى هذا المعيار النظر إلى الهيئة التي تصدر القرار والشكل الذي يصدر فيه ، والإجراءات التي تتبع في إصداره دون النظر إلى مضمونه أو فحواه . وبناء على ذلك يكون العمل أو القرار إداريا إذا كان صادرا من فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة التي تعتبر فرعا من السلطة التنفيذية . ويكون العمل تشريعيا ، إذا كان صادرا من السلطة التشريعية ، ويكون قضائيا إذا كان صادرا من السلطة القضائية . فالمعول عليه في تحديد نوع العمل ، السلطة التي أصدرته بصرف النظر عن مضمونه .

وإذا كان هذا المعيار يتميز بالبساطة وعدم التعقيد ، إلا أنه معيب بما يجعله غير صالح للتمييز بين أعمال الدولة ، ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات ليس مأخوذا به على إطلاقه ، فضلا عن أنه لا يترتب عليه الفصل بين الوظائف والإختصاصات ، بل على العكس من ذلك نجد هذه الوظائف والإختصاصات متداخله بين السلطات المختلفة في الدولة ، فالسلطة التشريعية تصدر أعمالا إدارية من حيث طبيعتها إلى جانب إختصاصاتها الأصليه في التشريع ، كما تساهم السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية في وظيفة التشريع ، وتشارك السلطة التنفيذية مع السلطة القضائية في ممارسة بعض وظائفها من خلال اللجان الإدارية ذات الإختصاص القضائي .

هذا التداخل بين الوظائف والإختصاصات يجعل المعيار الشكلي غير صالح للأخذ به على إطلاقه ، كمعيار مميز لأعمال الدولة .

المعيار الموضوعى :

يقضى الأخذ بهذا المعيار البحث فى مضمون القرار بصرف النظر عن الهيئة التى أصدرته أو الشكل أو الإجراءات التى اتبعت فى إصداره .

وإذا كان هذا المعيار يفضل المعيار السابق من حيث الدقة . إلا أنه آثار خلافات فقهية كثيرة فى إعماله ، ويقتضى ذلك التمييز بين العمل الإدارى وكل من العمل التشريعى والعمل القضائى :

١ - التمييز بين القرار الإدارى والعمل التشريعى :

ويتجه بعض الفقهاء - فى هذا المجال - صوب التمييز بين المراكز القانونية والأعمال القانونية .

١-١ - فالمراكز القانونية :

يقصد بها الحالة التى يوجد فيها الفرد إزاء القانون ، ويتكون البناء القانونى للدولة من مجموعة مراكز قانونية وتنقسم هذه المراكز إلى طائفتين :

أ-١ - المراكز القانونية العامة أو الموضوعية :

وهى التى يرسم حدودها ويبين مضمونها قواعد عامة مجردة ، بحيث تكون المراكز واحدة بالنسبة لجميع أفراد الطائفة الواحدة (مثال ذلك نظام الوظيفة العامة) .

أ-ب - المراكز القانونية الخاصة أو الشخصية :

وهذه يتحدد مضمونها بصدد كل فرد على حده ، ومن ثم فإن هذا المضمون يختلف من فرد لآخر (مثال ذلك المراكز التى تنشئها العقود

---

(١) فى تفصيلات ذلك راجع : المستشار نعيم عطية : تطوير مذهب دوجى تعليقات على الأحكام الأجنبية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة ٦/ . العدد ٣/ ، يوليو/سبتمبر ١٩٦٢ ، ص ١٧٦ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ٢٣٩ وما بعدها .

التى تبرمها الإدارة مع الافراد بنوعيها الخاصة والإدارية) .

ويلاحظ أن المراكز القانونية العامة ، وهى تنظم بصفة عامة مجردة بواسطة القواعد القانونية العامة الملزمة ، ومن ثم فيمكن تعديلها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، ويسرى هذا التعديل على شاغلى هذه المراكز دون توقف على رضائهم . أما المراكز القانونية الخاصة ، فلا يمكن تعديلها إلا برضاء شاغليها فى الأصل .

١-٢ ـ الأعمال القانونية :

ويقسم العميد ديجى هذه الأعمال من حيث آثارها إلى ثلاثة أنواع :

أ - العمل المشرع (المنظم) :

وهو الذى يترتب عليه إنشاء او تعديل أو إلغاء مركز قانونى عام (موضوعى) . مثال ذلك القوانين واللوائح .

ب - العمل الشخصى (الذاتى) :

وهو الذى يترتب عليه إنشاء او تعديل مركز قانونى شخصى . مثال ذلك العقد .

جـ - العمل الشرطى :

وهو عمل بصدد فرد معين يترتب عليه إلحاقه بمركز قانونى عام ، او هو تصرف بمثابه شرط لابد من توافره حتى ينتقل شخص من حاله قانونية إلى حالة قانونية جديدة . مثال ذلك عقد الزواج أو قرار تعيين شخص فى وظيفة عامة . وعلى ضوء هذا المعيار ، يعرف العميد "ديجى" العمل التشريعى : بانه قاعدة عامة موضوعية بصرف

النظر عن الهيئة التى تصدره او الشكل والإجراءات التى تتبع فى إصداره . ويعتبر العمل إداريا : إذا إتسم بطابع الخصوصية او الفردية ويصدق هذا على الأعمال الذاتيه وعلى الأعمال الشرطية .

٢ - التمييز بين القرار الإدارى والعمل القضائى :

وتبدو مهمة التمييز هنا اكثر دقة وتعقيدا . وقد إختلفت آراء الفقه فى صدد التمييز بينهما . فمن الفقه من اتجه إلى التمييز بين الأعمال الإدارية والاعمال القضائية على أساس فكرة السلطة التقديرية ، التى تظهر فى الأعمال الإدارية بعكس الحكم القضائى وحاول بعض آخر الإستناد إلى فكرة التصرف التلقائى ، بمعنى أن القرار الإدارى يصدر من جانب الإدارة من تلقاء نفسها ، فى حين أن الحكم القضائى لا يصدر إلا بناء على طلب الافراد . وذهب رأى ثالث إلى القول بأن طبيعة العمل هى التى يتحدد بها نوع العمل . فيكون العمل قضائيا إذا كان موضوعه الفصل فى خصومه او نزاع على حق شخص ، وبذلك يكون عنصر الخصومة هو المميز للحكم القضائى عن القرار الإدارى .

وثمة رأى رابع يستند إلى الغرض من العمل . فالإدارة تهدف فى مباشرتها لوظيفتها وبما تصدر من قرارات إدارية إلى إشباع الحاجات العامة . أما القضاء فمهمته حماية النظام القانونى للدولة ، وذلك بالفصل فى المنازعات وتوقيع العقوبات على مخالفى القانون .

ومما لا شك فيه أن أيا من هذه الآراء لا يصلح بمفرده اساسا للتمييز المطلوب ، وان المزج بينهم فى معيار مختلط ، يشكل افضل

معيار التمييز . (١)

وعلى ذلك يمكن أن نخلص إلى أن جوهر العمل القضائي يكمن في الفصل في خصومة قضائية حول مركز قانوني عام أو خاص بقرار يطابق القانون وينزل حكمه على النزاع بدون مساس بالمراكز القانونية القائمة أو إنشاء لمراكز جديدة ، ويتميز هذا العمل بحيازته لحجية الشيء المقضي به وقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى تحديد العمل القضائي بأمور ثلاثة :

أ - قيام خصومة بين طرفين .

ب - تقوم هذه الخصومة على مسألة قانونية .

جـ - أن يكون للقرار الصادر بالفصل في الخصومة قوة الشيء المقضي به .

المفاضلة بين المعيارين :

إتجه المشرع والقضاء في كل من فرنسا ومصر إلى الأخذ بصفة أصلية بالمعيار الشكلي ، لتمييز القرارات الإدارية عن غيرها من أعمال الدولة ، وبصفة تكميلية بالمعيار الموضوعي في بعض الحالات التي لا يمكن الإعتماد فيها على المعيار الشكلي .

ثانيا : شروط القرار الإدارى محل الطعن بالإلغاء :

يشترط أن يكون القرار المطعون فيه : قرارا إداريا ، نهائيا ، صادرا عن سلطة وطنية ، ومؤثرا في المركز القانوني للطاعن ، صادرا بعد إنشاء مجلس الدولة ، أى ثمة خمس شروط يجب توافرها في القرار هي :

الشرط الأول : أن يكون القرار إداريا :

والقرار الإدراى حسبما يستخلص من أحكام القضاء الإدارى هو إفصاح الإدارة - في الشكل الذى يحدده القانون - عن إرادتها

---

(١) راجع في ذلك ، د. عبد القادر خليل : نظرية سحب القرارات الإدارية ، القاهرة سنة ١٩٦٥ ، ص ١٧ وما بعدها . د. رمزى الشاعر : مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، بعة ٩٨٣ ، ص ٢٣ وما بعدها ، وللمؤلف : الوجيز في تأديب العاملين بالحكوم والقطاع العام ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٨٦ . =

الملزمة ، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد احداث اثر قانونى معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا . وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة . ويترتب على هذا التعريف النتائج التالية :

١ - ان يكون القرار صادرا عن الجهة الإدارية (عملا بالمعيار الشكلى الذى يأخذ به المشرع والقضاء كقاعدة عامة) ، مع مراعاة الحالات التى يمكن الإلتجاء فيها إلى المعيار الموضوعى (إستثناء) .

٢ - ولا يعتبر العقد قرارا إداريا لأنه ليس عملا منفردا ، إذ هو وليد تقابل إرادتين .

٣ - وتأسيسا على كون محل القرار هو تحقيق آثار قانونية ، فيجب إستبعاد أعمال الإدارة المادية كقيد المواليد أو الوفيات ، أو تنفيذ ما سبق تقريره من المشرع أو القضاء أو من الإدارة نفسها .

٤ - لا يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ، فقد يكون ضمنيا . كما يستوى ان يكون إيجابيا أو سلبيا ، فرديا او تنظيميا أو لائحيا .

الشرط الثانى : أن يكون القرار الإدارى نهائيا :

ومعنى النهائية ان يكون القرار قابلا للتنفيذ بغير حاجة إلى تصديق او أى إجراء آخر . أما القرار الذى يحتاج إلى إجراء لاحق لتنفيذه فلا يكون محلا للطعن بالإلغاء وشرط النهائية نص عليه فى قانون مجلس الدولة . فالقرار النهائى هو القرار الذى لا يجب بحكم القواعد المنظمة له إستئنافه أو مناقشته امام سلطة إدارية أعلى ، أو بمعنى آخر هو القرار الذى يكون نافذا بمجرد صدوره دون

= ص ٢٠٦ وما بعدها . وبحثنا بعنوان : طبيعة قرارات مجالس التأديب ، مجلة المحاماة ، س ٦٥، ع ٧ ، ٨ ، ص ١٥٤ وما بعدها .

حاجه إلى التصديق عليه من سلطة أخرى .

ولا يمنع من نهائية القرار أن يكون فى إستطاعة الجهة التى أصدرته أن تسحبه . وتأقيت القرار (القرار الموقوف) لا يتعارض مع كونه نهائيا ، لأن التوقيت ينصب على آثار القرار .

ويترتب على هذا الشرط إستبعاد الإجراءات التمهيدية أو مشروعات القرارات من مجال دعوى الإلغاء . ولقد قضى بأن قرار الإحالة إلى المحاكمة التأديبية يعد إجراء تحضيريا من إجراءات المحاكمة لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء لأنه ليس قرارا نهائيا لسلطة تأديبية .

ولكن ، هل يجب أن يكون القرار نهائيا عند رفع الدعوى ؟

ذهبت محكمة القضاء الإدارى بصدد هذه المسألة إلى القول بعدم ضرورة نهائية القرار عند رفع الدعوى ما دام القرار قد أصبح نهائيا أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم فيها . ونحن نؤيد هذا الإتجاه لأنه ينطوى على الرغبة فى التيسير على الأفراد وتوفير مزيد من الضمانات لهم .

الشرط الثالث : أن يكون القرار ذا أثر قانونى :

بمعنى إستبعاد بعض القرارات المتعلقة بالتنظيمات الإدارية الداخلية والإستفسارات . مثال ذلك القرار الصادر بإحالة موظف للكشف الطبى ، أو إستطلاع رأى جهة الفتوى فى مسألة معينه . ويراعى أنه يقصد هنا بالأثر القانونى أن تعدل أو تلغى أو تؤثر بأية صورة فى المركز القانونى للفرد .

وهنا ثمة تساؤل حول مدى جواز الطعن فى القرار المنعدم فإذا كان القرار منعدما ، فيجب التفرقة بين نوعين من العدم ، هل

منعدما من الناحية المادية ، أى لم يوجد قط . هنا فإن الدعوى التى ترفع ضده فى هذه الحالة يحكم بعدم قبولها .

أما إذا كان إنعدام القرار قانونيا (لكونه مشيب بعيب جسيم) هنا يجوز الطعن على القرار بالإلغاء ، رغم انه لا يرتب اثرا ، ومرد ذلك أن للطاعن مصلحه كبرى فى تسجيل عدم مشروعية القرار .

وقد جرى القضاء الإدارى – فى كل من مصر وفرنسا – على أن مثل هذا القرار يجوز الطعن فيه وسحبه دون التقيد بالمواعيد المنصوص عليها .

الشرط الرابع : أن يكون القرار صادرا عن سلطة وطنية :

أى أن يكون القرار صادرا عن السلطات المعبرة عن السيادة المصرية ، فيخرج من نطاق الطعن بالإلغاء قرارات الهيئات الأجنبية .

الشرط الخامس: أن يكون القرار المطعون فيه صادرا بعد العمل بقانون مجلس الدولة :

وهذا الشرط يعد تطبيقا لقاعدة الأثر الفورى . ولكن يلاحظ أن هذا الشرط لا صلة له فى واقع الأمر بقبول الدعوى ، وانما يتعلق بمسألة الإختصاص . وعلى العموم لا نرى لهذا الشرط أية قيمه الآن ، بعد ما مضى على إنشاء مجلس الدولة أكثر من ٤٥ عاما .

المبحث الثانى

الشروط المتعلقة برافع الدعوى

(شروط المصلحة)

سبق أن قلنا أن دعوى الإلغاء كدعوى موضوعية ، أريد بها حماية مبدأ الشرعية ومبدأ سيادة القانون . ومن ثم فإن نطاقها يجب أن يتسع لحد بعيد لأنها تستهدف الرقابة على أعمال الإدارة واحترام قواعد القانون . ومع ذلك لا يصح ترك أمر هذه الدعوى بلا قيود حتى لا تصبح دعوى حسبه .

لأجل ذلك . إستقر القضاء الإدارى على أن إستخدام هذه الدعوى مقيد بضرورة توافر شروط المصلحة لدى رافعها . وإذا كان شرط المصلحه ضروريا ، فإنه فى نفس الوقت كاف لرفع الدعوى . ويعنى ذلك أنه لا يشترط وجود حق مسه القرار المطعون فيه (على العكس من دعوى التعويض) .

ولكن يتردد فى كتابات الفقه ضرورة أن يكون رافع الدعوى صاحب مصلحة أو ذا صفة فى رفعها . فهل المصلحة والصفة شىء واحد أم أن كل منهما تشكل شرطا مستقلا فى رافع الدعوى ؟

نحن نرى أن ذا الصفة فى رفع الدعوى هو نفس صاحب المصلحة أو من ينوب عنه نيابة قانونية أو إتفاقيه . وبذلك يندمج شرط الصفة مع شرط المصلحة ، ذلك أن صاحب المصلحة هو الوحيد ذو الصفة وكل ما عداه غير ذى صفة . وإذا توصف المصلحة بأنها يجب أن تكون شخصية ومباشرة ، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو نفس صاحب الصفة أو وكيله أى أن المصلحة الشخصية المباشرة هى نفسها الصفة .

أما أهلية رفع الدعوى فتسرى فى شأنها أهلية التقاضى بصفة عامة . إذا كان ذلك هو شرط المصلحة ، فما هى المبادىء التى يقوم

عليها هذا الشرط ؟

أولا : يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ؟

ومعنى ذلك حسبما جرى قضاء مجلس الدولة فى مصر ، أن يكون الطاعن فى حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه ، من شأنها ان تجعله يؤثر فيها تأثيرا مباشرا .

وهنا يثور التساؤل حول مدى توافر هذا الشرط فى حق الورثة . هنا ثمة تفرقه بين حالتين : اما ان يكون الورثة فى حالة قانونية خاصة اثر فيها القرار المطعون فيه تأثيرا مباشرا ، أو لا يكونون فى مثل هذه الحالة .

فإذا وجد الورثة فى حالة قانونية يؤثر فيها القرار تأثيرا مباشرا ، كما لو تعلق القرار المطعون فيه بسمعة او نزاهة مورثهم او مزايا مادية أو عينية له ، هنا لا شك فى إستطاعة إستمرار الورثة فى الدعوى لتوافر شرط المصلحة فيهم .

اما إذا لم يؤثر القرار المطعون فيه من المورث فى الورثة تأثيرا مباشرا ، فلا تتوافر فيهم فى هذه الحالة شرط المصلحة الذى يسمح لهم بالإستمرار فى الدعوى ، ومثال ذلك أن يكون القرار المطعون فيه متعلقا بالتعيين فى إحدى الوظائف .

ثانيا : يستوى فى المصلحة المحمية أن تكون مادية أو أدبية .

ثالثا : كما تحمى دعوى الإلغاء المصلحة المحققة والمحتمله على السواء .

إذ لا يشترط فى المصلحة المحمية أن تقوم على حق أهدره القرار الإدارى ، بل يكفى أن يمس القرار مصلحة مادية أو أدبية للمدعي ولو كانت محتمله .

رابعا : يكتفى بتوافر المصلحة عند رفع الدعوى .

بمعنى إذا تخلفت المصلحة اثناء سير الدعوى ـ اثناء نظرها ـ بعد تحققها في البدايه فلا يؤثر هذا على موقف المدعى فى الإستمرار فى الدعوى ، وتصبح المحكمة ملزمة بالحكم فى الدعوى .

على ان هذا الذى نقول به ـ هنا ـ ليس امرا محسوما دون خلاف فثمة راى فى الفقه وتايد قضائيا ببعض الاحكام يرى ضرورة توافر المصلحة منذ وقت رفع الدعوى واثناء نظرها وحتى الفصل فيها . ولكن ذهبت إلى عكس ذلك احكام اخرى ناصرها بعض الفقه ، فقرر ذلك الراى ان المصلحة فى إقامة الدعوى تتقرر بحسب الوضع القائم عند رفعها ولا تتاثر بما يجد بعد ذلك من امور واوضاع ، وهذا هو الراى الراجح ، وهو الراى الذى يتفق وطبيعة دعوى الإلغاء والهدف منها.

وهنا يثور سؤال حول طبيعة الدفع بإنتفاء المصلحة ، وهل هو دفع موضوعى ام دفع بعدم القبول .

ذهب راى فى الفقه إلى ان الدفع بإنعدام المصلحة دفع موضوعى ، على اننا نرى ان هذا الراى غير سليم ، ويتعارض مع صريح نص القانون م/١٢ من القانون ٤٧ لسنة ٩٧٢ بإنشاء مجلس الدولة والتى تقرر : "لا تقبل الطلبات المقدمه من اشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة " . ولذلك فنحن نرى فى الدفع بإنتفاء (او إنعدام) المصلحة دفعا بعدم القبول يجوز إبداؤه فى اية حالة تكون عليها الدعوى .

خامسا : توسع القضاء فى شرط المصلحة :

كان مجلس الدولة الفرنسى يتشدد فى البداية فى شرط المصلحة فلا يقبل دعوى الإلغاء إلا من شخص أضير من قرار إدارى فى مساله أ[illegible] حقوقه المدنية أو الوظيفية . ولكنه منذ سنة ١٨٨٩ عدل عن هذا

التشدد ، واكتفى لتوافر شرط المصلحة مجرد مساس القرار الإدارى بمصلحة المدعى ، ومن الأمثلة التى يسوقها الفقه على ذلك :

- قرار المجلس الإكتفاء بصفة التاجر كمبرر يطلب إلغاء القرار الإدارى الذى يمس مصلحته .
- كما قرر المجلس ان صفة الممول البلدي (اى دافع الضريبة للبلد) تجعل له مصلحة فى الطعن بالإلغاء ضد قرارات المجلس البلدى التى تحمل البلدية اعباء مادية .
- كما اعتبر الممول الإقليمي ذا مصلحة فى الطعن بالإلغاء فى قرارات مجلس المديرية الذى يثقل كاهل ميزانية الإقليم .
- كما اعتبر المجلس ان صفة الناخب تجعل لصاحبها المصلحة فى الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية التى تؤثر فى نتيجة الإنتخابات مثال ذلك تقسيم بلده إلى دوائر إنتخابية بعد ان كانت دائرة واحده .
- وقبل مجلس الدولة الطعن بالإلغاء من عضو مجلس المديرية ضد قرارات المجلس المخالفة للقانون ، ولو كان حاضرا فى الجلسة التى صدر فيها القرار ، واستهدف المجلس من ذلك حماية الاقلية من تعسف الاغلبية .
- كما اعتبر مجلس الدولة شرط المصلحة متوافرا بالنسبة إلى عملاء المرافق العامة (المنتفعين بخدمات هذه المرافق) ، فاجاز لهم الطعن بالإلغاء ضد القرارات التى تلحق بهم ضررا او تزيد إلتزاماتهم المادية .
- واكتفى المجلس بتوافر شرط المصلحة لراهب كاثوليكي فى الطعن على قرار بغلق إحدى الكنائس ، بل اجاز لكل كاثوليكى الطعن فى مثل هذا القرار ، لكونه ينطوى على المساس بالمشاعر الدينية .

- ولا يقف المجلس فى قبول دعاوى الإلغاء على الأشخاص الطبيعيين بل يقبلها أيضا من الأشخاص المعنوية كالجمعيات والنقابات ، أى أن المجلس يعترف بالمصلحة الجماعية كما يعترف بالمصلحة الفردية .
- كذلك أجاز المجلس لكل من تقدم لمناقصة الطعن بالإلغاء فى القرارات المتعلقة بهذه المناقصة .
- وقد سار القضاء الإدارى المصرى على هذا المنوال ، إذ نقل عنه وتوسع مثله فى شرط المصلحة التى تجيز رفع دعوى الإلغاء.

سادسا : يشترط لقبول دعوى الإلغاء ألا يكون رافع الدعوى قد قبل القرار المطعون فيه ، وأعلن رضاءه به .

إذا كان مجلس الدولة الفرنسى لم يستقر بعد على حل هذه المسألة ، فتارة تذهب بعض أحكامه إلى عدم قبول الدعوى من رافعها لسبق رضائه بالقرار المطعون فيه ، وتارة أخرى تذهب بعض الأحكام إلى عكس ذلك .

وقد عرضت حالة مماثلة على القضاء الإدارى المصرى ، فاعتبر قبول القرار مانعا من طلب إلغائه بعد ذلك ، وإشترط بعض الفقه لذلك أن يكون الرضا صريحا وليس ضمنيا . على أننا نرى أن طبيعة دعوى الإلغاء كدعوى موضوعية تتعلق بالنظام العام ، تأبى التنازل عنها ، ولذلك فلا يحول رضاء الشخص بالقرار المطعون فيه (ولو كان هذا الرضاء صريحا) ، لا يحول دون الطعن على القرار بالإلغاء ، حتى ولو توافرت الشروط القانونية لذلك .

المبحث الثالث

الشروط المتعلقة بالإجراءات والمواعيد

(شرط الميعاد ـ التظلم)

حدد المشرع ميعادا قصيرا ترفع خلاله دعوى الإلغاء ، وإلا فانها لا تقبل إذا ما رفعت بعد فواته . وميعاد الطعن ستون يوما في مصر (وشهران في فرنسا) .

وحكمة تحديد هذا الميعاد القصير حرص مزدوج يهدف إلى عدم ترك أعمال الإدارة عرضه للطعن فيها زمنا طويلا ، وفي نفس الوقت توفير عنصر الثبات والإستقرار للمراكز القانونية التي ترتبت للأفراد بناء على أعمال الإدارة ، وبذلك روعي في تحديد الميعاد حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في آن واحد ، دون الإضرار بالطاعنين .

كما أوجب المشرع التظلم أولا في بعض الحالات .

ونعرض لكل من هذين الشرطين على النحو التالي :

أولا : ميعاد رفع الدعوى :

١ - تحديد بدأ سريان الميعاد :

قلنا أن الميعاد الذي يجب رفع دعوى الإلغاء خلاله ستون يوما ويسرى هذا الميعاد إبتداء من تاريخ نشر القرار محل الطعن أو اعلانه لصاحب الشأن ، وعلى ذلك فإن النشر والإعلان هما الوسيلتان اللتين يتحقق بهما قانونا علم الأفراد بالقرارات الإدارية .

على أن القضاء الإداري قد إستقر سواء في مصر أو في فرنسا على سريان ميعاد دعوى الإلغاء بوسيلة ثالثة هي العلم اليقيني .

ونظرية العلم اليقيني نظرية قضائية مؤداها ان علم صاحب الشأن بمضمون القرار الإدارى ومحتوياته علما يقينيا يقوم مقام النشر والإعلان ، ويبدأ من تاريخ ثبوت ذلك العلم سريان ميعاد الطعن بالإلغاء . ومن ثم فلا يصح أن يكون العلم ظنيا أو افتراضيا ، وعلى الإدارة عبء إثبات العلم اليقيني في حالة إحتجاجها به ، ودفعها بعدم قبول دعوى الطاعن بناء على علم الطاعن بالقرار علما يقينيا وعدم طعنه في الميعاد .

٢ - كيف يتحدد ميعاد الطعن بالإلغاء في حالة القرار السلبي :

فكرة القرار السلبي :

لما كان القرار الإدارى هو إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة ... وان الأصل في الإفصاح أن يتجسد في مظهر خارجي ، وان تعلن هذه الإرادة إلى من توجه إليهم من الافراد حتى يعلموا بها ويرتبوا تصرفاتهم وفقا لاحكام هذه الإرادة ومقتضياتها .. إلا ان الإدارة لا تراعى دائما هذا الاصل ، وذلك بإلتزام الصمت تجاه طلبات توجه إليها من الافراد ، بحيث يتعذر على هؤلاء الافراد تحديد إرادة هذه الإدارة بالطعن عليها او الرضاء بها والعمل بمقتضاها .

وقد تحسب المشرع في مصر لحالة صمت الإدارة تجاه طلبات توجه إليها من الافراد في حالة معينه ، وفسرت الإرادة برفض هذه الطلبات مرة (كما في حالة عدم الرد على التظلم (م ٢٤ / فقرة أخيرة) ، كما فسرت قبولا لهذه الطلبات مرة (حالة عدم الرد على طلب الإستقالة) ... إلا أن مواجهة هذه الحالات لم تسلم من مشاكل التطبيق كثيرا .

ففي حالة عدم الرد على التظلم ، نص المشرع في عجز م ٢٤/ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٩٧٢ على ان : "..يعتبر فوات ستين يوما على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة

رفضه ، ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن فى القرار الخاص بالتظلم ستين يوما من تاريخ الستين يوما المذكورة".

وبناء على هذا النص يعتبر فوات ستين يوما من تاريخ تقديم التظلم دون أن تجيب الإدارة على التظلم ، بمثابة رفض للتظلم ، يبدأ سريان ميعاد الطعن بالإلغاء من تاريخ إنتهاء الستين يوما هذه ولمدة ستين يوما اخرى .

على أن القضاء الإدارى عندنا ذهب إلى إعتبار هذه القرينة بسيطة بحيث تنتفى بقرائن اخرى تستفاد من مسلك الإدارة . فإذا ثبت أن الجهة الإدارية اتخذت مسلكا إيجابيا إزاء التظلم وانها لا تزال تفحصه ، وهناك ما يدل على إتجاهها نحو الإقتناع بوجهة نظر المتظلم والتسليم بطلباته ، فإنه فى مثل هذه الحالة تنتفى قرينة الرفض الضمنى ، ومن ثم يتعين القول بإمتداد ميعاد الطعن واستمرار إنقطاع هذا الميعاد إلى أن تفصح الإدارة عن رأيها وتحدد موقفها بقرار صريح .

٣ - كيفية حساب ميعاد الطعن :

طبقا لأحكام قانون المرافعات ، لا يحسب اليوم الذى حدث فيه النشر او الإعلان أو العلم اليقينى ، وإذا كان اليوم الأخير عطلة رسمية فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم عمل بعده ، وإذا وقعت العطلة فى خلال الميعاد فلا يتأثر بها ولا يعول عليها فى حساب المدة .

٤ - حالات إمتداد ميعاد الطعن :

. إن تحديد ميعاد الطعن بالإلغاء مسألة تتعلق بالنظام العام فلا يمكن مد الميعاد ولا تعديله حتى ولو بإتفاق صريح مع الإدارة ،

وانما المشرع وحده هو الذي يملك مد هذا الميعاد او وقفه ، وهو لا يفعل ذلك ـ عادة ـ إلا في ظروف إستثنائية . وبالرغم من ذلك فإن ثمة حالات ست يمتد فيها الميعاد وهي :

ا - حالة التظلم الإداري :

ان تظلم صاحب المصلحة من القرار ، سواء كان التظلم موجه إلى مصدر القرار او إلى رئيسه ، يقطع سريان ميعاد الطعن بالإلغاء شريطة ان يتوافر في التظلم ما يلي :

- ان يقدم في الميعاد المحدد للطعن بالإلغاء .
- ان يكون حاسما في معناه ، متضمنا ما يريده المتظلم من إلغاء القرار الإداري او تعديله .
- ان يقدم إلى الجهة الإدارية المختصة ، ومع ذلك إذا قدم التظلم إلى جهة غير مختصة فإنه يقطع الميعاد .
- يجب ان تكون هناك فائدة مرجوة من التظلم ، بان يتوقع سلوكا إيجابيا من الإدارة نحو التظلم مثلا .

ويسري ميعاد جديد للطعن بالإلغاء ، بعد فوات ستين يوما دون ان ترد جهة الإدارة على التظلم .

ب - حالة رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

ويعد رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة قاطعا لميعاد الطعن بالإلغاء ، قياسا على حالة التظلم الإداري ـ سابق عرضها ـ ، بل ان هذه الحالة اقوى في الدلالة على تمسك صاحب المصلحة بحقه والمطالبة بإقتضائه ، ولكن يلاحظ هنا ان يتم رفع الدعوى (ولو إلى محكمة غير مختصة) خلال ميعاد الطعن بالإلغاء (٦٠ يوم) ويسري ميعاد جديد للطعن بالإلغاء إبتداء من إعلان الحكم بعدم الإختصاص ...

والقضاء الإدارى مستقر على هذا الإتجاه . على انه مما تجدر الإشارة اليه بإهتمام آن رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة الذى يعتد به فى إنقطاع ميعاد الطعن بالإلغاء ، هى الدعوى التى ترفع ضد جهة الإدارة لتسمع الحكم بإلغاء قرارها ، فلو ان رافع الدعوى قد رفع دعوى مستعجلة ـ مثلا ـ بطلب ندب خبير لإثبات حالة الارض موضوع النزاع ، فإن مثل هذه الحالة لا تنتج نفس الاثر فى قطع سريان ميعاد الطعن بالإلغاء لانها لا تتضمن تكليف الإدارة بالحضور لسماع الحكم عليها .

جـ - طلب الإعفاء من الرسوم القضائية :

يلجأ صاحب المصلحة إلى هذا الطلب فى حالة عجزه عن دفع الرسوم المطلوبة ، ولا يستطيع صاحب الشان رفع دعوى الإلغاء إلا بعد آن يصدر الحكم فى طلب الإعفاء ، فإذا اصدر هذا الحكم بعد مضى اكثر من ستين يوما على علمه بالقرار الذى يريد الطعن فيه فإنه يقطع ميعاد الطعن بالإلغاء ، متى كان قد قدم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية فى ميعاد الطعن (٦٠ يوم) . وقد اكدت الإدارية العليا هذا المبدأ فى عديد من احكامها .

د - اعتراض احدى جهات الإدارة المختصة على القرار :

وتلك حالة مستفادة ومستنتجه من احكام مجلس الدولة المصرى مادام الإعتراض تم خلال المدة القانونية .

هـ - ظهور نية الإدارة الحقيقية بعد فوات ميعاد الطعن بالإلغاء :

وقد كشفت الإدارية العليا عن هذا الإتجاه فى حكمها الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٢ بان قالت :

"إذا تعذر على صاحب المصلحة إدراك ما ترمى إليه الإدارة من قرار نقله ، فلا يحاسب على ميعاد الطعن فيه قبل أن ينكشف له هدفه ودواعيه . وتسفر الإدارة عن وجهها فيما كانت ترمى إليه بالنقل وتبتغيه ، وعلى ذلك إذا تبين أنه لم تتهيأ للمدعى تبين قصد الإدارة الجاثم وراء النقل إلا حين صدور قرار الترقيه - فيما تضمنه من تخطيه - كان من الحق الا يحاسب على ميعاد الطعن إلا بعد ذلك الحين ".

و - حالة القوة القاهرة . وقف ميعاد دعوى الإلغاء :

القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر مستقر على أن القوة القاهرة يترتب عليها وقف ميعاد دعوى الإلغاء ، بحيث لا تبدأ المدة فى السريان من جديد إلا بعد زوال القوة القاهرة .
ومن أمثلة القوة القاهرة : المرض أو الإعتقال أو تواجد المدعى عليه بمدينة محاصرة .

وحالة القوة القاهرة هى الحالة الوحيدة التى يترتب عليها وقف ميعاد الطعن بالإلغاء ، لا إنقطاعه ، وثمة مغايره بين الوقف والإنقطاع ، فالوقف يحسب منه الميعاد الذى إنقضى حتى تحقق السبب الاجنبى (القوة القاهرة) ، ثم يبدأ بعد زوال هذا السبب تكملة باقى مدة الطعن وهى الستين يوما . أما الإنقطاع فيترتب على تحقق إحدى حالاته أو كلها بدأ سريان ميعاد جديد من تاريخ انتهاء حالة أو حالات الإنقطاع . ويترتب على ذلك نتيجه جوهرية : وهى أن حالات انقطاع الميعاد (أسبابه) يمكن أن تتجمع ولكن لا يمكن أن تتكرر ، بمعنى أنه قد يحدث أن توجد أكثر من سبب للإنقطاع مما كان يتظلم شخص فينقطع الميعاد ، ثم يلجأ الشخص فى خلال الستين يوما التالية إلى طلب الإعفاء من الرسوم القضائية ، فيجاب إلى طلبه فيعطى بعد

ذلك ستين يوما أخرى لرفع الدعوى خلالها ، ويقوم برفعها فعلا ولكن إلى محكمة غير مختصة ، وينتهي الامر بان تحكم المحكمة بعدم إختصاصها ، وفي هذه الحاله يجب أن يعطى ميعادا جديدا (ستين يوما) لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة .

أما حالات وقف ميعاد الطعن (القوة القاهرة) ، فيتصور تكرارها للمرض ثم للإعتقال ....إلخ .

إذن أسباب انقطاع ميعاد الطعن بالإلغاء يمكن أن تتجمع ولكن لا يمكن ان تتكرر على العكس من حالات وقف الميعاد .

٥ - أثر فوات مواعيد الطعن :

يترتب على انقضاء الميعاد نتيجة خطيرة هي إكتساب القرارات الإدارية حصانه نهائية ضد الإلغاء ، ولو كانت مخالفة للقانون . فلا تقبل دعوى الإلغاء التى توجه إليها بعد ذلك . ويعتبر الدفع بعدم قبول الدعوى لفوات الميعاد من النظام العام، فيجوز تقديمه فى أى حاله توجد عليها الدعوى ، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ولكن يجب أن يلاحظ انه يمكن لذوى الشان إثارة عدم شرعية القرارات التى إنقضى ميعاد الطعن بالإلغاء فيها ، ومن ثم التخلص من النتائج الضارة لهذه القرارات ، بوسائل غير مباشرة هي :

أ - الدفع بعدم الشرعية بصفه عرضية اثناء نظر قضية معينه ، يترتب عليه إستبعاد القرار غير المشروع فى هذه القضية .

ب - الطعن على القرارات الفردية التى تصدر تطبيقا لقرار إدارى تنظيمي غير مشروع اكتسب حصانه ضد الإلغاء .

جـ - الطعن بطريق التعويض إذا إنطوى تنفيذ القرار الباطل على ضرر لحق بالطاعن ، إذ ميعاد دعوى التعويض ممتد وأطول

بكثير من ميعاد دعوى الإلغاء .

د - تغيير الظروف التى أدت إلى إصدار القرار الإدارى غير المشروع ، والذى اكتسب حصانة بفوات ميعاد الطعن فيه ، أو تعديل التشريع الذى بنى عليه القرار المذكور وصدر فى ظله ، يجيز لصاحب الشأن فى هذه الحالة أن يطلب من جهة الإدارة إلغاء أو تعديل القرار المذكور ، فإذا رفضت الإدارة طلبه استطاع حينئذ الطعن فى قرار الرفض الصريح أو الضمنى بالإلغاء .

مثال ذلك :

صدور قرار إدارى بإنهاء خدمة موظف للحكم عليه جنائيا بالإدانة ، وإلغاء هذا الحكم بناء على الطعن فيه ، يفتح ميعادا جديدا للطعن بالإلغاء على قرار الفصل ، ذلك أن لإلغاء الحكم الجنائى فى مثل هذه الحالات أثر رجعى .

٦ - وما حكم القرارات الإدارية المنعدمة :

اتجه القضاء الإدارى فى مصر صوب قبول الطعن بالإلغاء فى هذه القرارات دون تقييد بمدة الطعن ، وقد عرف القضاء الإدارى القرار المنعدم بأنه القرار الذى ينزل إلى حد غصب السلطة وينحدر بذلك إلى مجرد الفعل المادى المعدوم الأثر قانونا ، ومن ثم فلا تلحقه أية حصانة ، ولا يزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه ، ولا يكون قابلا للتنفيذ المباشر ، وهو لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية .

على أن مجلس الدولة قد ذهب إلى أن الطعن الذى يهدف إلى تقرير انعدام القرارات المنعدمه فعلا لا يمكن أن يعد طعنا بالإلغاء ومن ثم لا يتمتع بالمزايا التى تتقرر للطعن بالإلغاء .

ثانيا : التظلم :

القاعدة بالنسبة للتظلم الإدارى أنه إختيارى . ولكن المشرع المصرى أوجب أحيانا على من يريد الطعن بالإلغاء فى بعض القرارات أن يلجأ أولا إلى التظلم الإدارى قبل أن يطرق سبيل القضاء ، ومعنى ذلك أن التظلم يكون إجباريا فى هذه الحالات (وهى جميعها متعلقة بطعون الموظفين) .

وهذه الحالات التى أوجب المشرع التظلم منها إداريا قبل الطعن فيها قضائيا ، نصت عليها م١٢/ب من القانون الحالى ، وهى :

- القرارات الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح علاوات .
- القرارات التأديبية النهائية عدا تلك التى تصدر من مجالس تأديبية .
- القرارات الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الإستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبى .

وقد عرضنا لهذه الحالات ، عند دراستنا لإختصاصات القضاء الإدارى المصرى .

على أن ما نود الإشارة إليه هو : ضرورة أن يقدم التظلم من هذه القرارات خلال مواعيد الطعن فيها بالإلغاء . وبالشروط التى سبق ذكرها فى التظلم بصفة عامة . والمشرع وقد أوجب التظلم من بعض القرارات قبل الطعن فيها ، يعنى أن المشرع قد رخص لجهة الإدارة سحب هذه القرارات ، لأن جهه الإدارة لو كانت عاجزة عن السحب ، ما كان للتظلم أى قيمة ، ولم يكن له ما يبرره .

المبحث الرابع

إنتفاء طريق الطعن المقابل (الموازى)

وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تقرير هذا الشرط لقبول دعوى الإلغاء ، فلا تقبل دعوى الإلغاء إذا كان للمدعى وسيلة قضائية اخرى تحقق له نفس مزايا دعوى الإلغاء ، وقد إختلف الفقهاء فى تبرير هذا الدفع ، فبينما ارجعه البعض إلى الإعتبارات العملية فى الرغبة فى التخفيف على مجلس الدولة ، ارجعه البعض الآخر إلى الطبيعة الإحتياطيه لدعوى الإلغاء ، ولكن اتجهت الغالبية من الفقهاء إلى إرجاعه إلى الرغبة فى المحافظة على قواعد الإختصاص .

وضع هذا الشرط فى القانون المصرى :

لم يشترط المشرع المصرى فى قوانين مجلس الدولة المتعاقبة شرط الدعوى الموازيه او طريق الطعن المقابل ، إذ تتفق الغالبية العظمى من الفقه المصرى على انه لا محل لهذا الشرط فى مصر ، وان اعمال قواعد الإختصاص يؤدي إلى نفس النتائج المترتبة على هذا الدفع فى فرنسا . وقد سبق أن أوضحنا انه وان كان مجلس الدولة وهو القاضى العام فى المنازعات الإدارية طبقا لاحكام الدستور والقانون ، الا ان للمشرع ان يكل الأمر فى حالات خاصة إلى جهات اخرى ، تطبيقا لقاعدة ان الخاص يقيد العام .

كلمة ختامية :

استبعاد اعمال السيادة من نطاق الطعن بالإلغاء .

سبق أن أوضحنا عدم اختصاص مجلس الدولة بالنظر فى الطلبات المتعلقة باعمال السيادة (م ١١/ من القانون ٤٧ لسنة ٩٧٢ بشأن

مجلس الدولة) . وقلنا أن المشرع قد أخرج هذه الاعمال من اختصاص القضاء عموما إلغاء وتعويضا ، وانتقدنا هذا الوضع ، وطالبنا بان يفتح مجالا للطعن على هذه الاعمال ولو بطريق التعويض . وعلى ذلك فإنه يخرج من نطاق دعوى الإلغاء ليس فحسب الأعمال التشريعية والأعمال القضائية ، ولكن أيضا اعمال السيادة (الأعمال الحكومية) ، وهي ـ كما بينا ـ قرارات إدارية تصدر من جهة الإدارة بوصفها سلطة حكم ...

الفصل الثاني

الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء
(أوجه إلغاء القرار الإداري)

مقدمـــة :

بعد أن يفصل القضاء في مسألة الإختصاص ، ثم في مسألة قبول الدعوى ، ينتقل إلى مرحلة الفصل في موضوع الدعوى . ومعنى ذلك بالنسبة للإلغاء أن تبحث المحكمة عناصر مشروعية القرار المطلوب الغاؤه حتى تستطيع الحكم في الدعوى ويلاحظ انها لا تستطيع أن تقضي بالغاء القرار الا اذا كان غير مشروع ، فاذا ثبتت لديها مشروعيته حكمت برفض الدعوى . فالإلغاء القرارالإداري قضائيا لا يكون إلا بسبب عدم مشروعيته بعكس الإلغاء الإداري الذي قد يكون بسبب عدم المشروعية أو عدم الملاءمة .

وعيوب القرار الإداري التي تؤدي إلى عدم مشروعيته (ومن ثم إلى إلغائه إذا طلب صاحب الشأن ذلك قضائيا) ترتبط - وفقا للإتجاه الفقهي الحديث بعناصر (أي أركان) القرار الإداري .

وأركان القرار الإداري خمسة هي :

١ - الإختصاص : أي إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا لحدود الإختصاص المرسومة لها .

٢ - الشكل : أي إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا للشكل المقرر والواجب الإتباع.

٣ - المحل : محل القرار الإدارى هو الاثر القانونى المباشر الذى يحدثه القرار .

٤ - السبب : هو الحالة القانونية أو الواقعية التى تسبق القرار وتكون الدافع لوجوده .

٥ - الغاية : غاية القرار هى النتيجة النهائية التى يراد الوصول إليها باتخاذه .

وكل خلل يصيب أى ركن من أركان القرار الإدارى يكون عيبا فيه يجعله غير مشروع ، ويصبح موضعا للطعن بالإلغاء للتخلص منه واستبعاد آثاره .

ويترتب على ما تقدم أن عيوب القرار الإدارى - التى يلغى قضائيا على أساسها - هى ما يأتى :

١ - عيب عدم الإختصاص :ويستند إلى الهيئة أو العضو الذى عهد إليه القانون بمباشرة القيام بعمل من الاعمال .

٢ - عيب الشكل : ويرجع إلى ما يجب إتباعه من أشكال للإفصاح عن إرادة الإدارة .

٣ - عيب مخالفة القانون : ويتصل بمحل القرار الإدارى .

٤ - عيب السبب : ويرتبط بالحالة الواقعية أو القانونية التى تسبق القرار وتثيره .

٥ - عيب إساءة استعمال السلطة : ويرتبط بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار .

ويلاحظ أن هذه العيوب تقررت فى فرنسا عن طريق القضاء الإدارى الذى سن فى سبيل تقريرها سنة التدرج والتطور . ولكن لم يحدث مثل هذا التطور عندنا (فى مصر) إذ أن المشرع سجل هذه

العيوب التى تشوب القرار الإدارى وذلك فى قانون مجلس الدولة منذ إنشائه (ثم فى قوانينه المتعاقبه) فنجد المادة العاشرة من القانون الحالى للمجلس تنص على أنه يجب أن يكون مرجع الطعن ضد القرار الإدارى لإلغائه عوـ الة ... عدم الإختصاص ، او وجود عيب فى الشكل ، او مخالفة القوانين ، أو الخطأ فى تطبيقها وتاويلها او إساءة استعمال السلطة .

فهذه المادة العاشرة من قانون المجلس قررت أوجه الإلغاء الخمسة السائدة قضائيا فى فرنسا .

ونلفت النظر إلى أن عبارة "الخطأ فى تطبيق القانون أو تاويله" الوارده فى المادة المذكورة انما تشير فى الواقع إلى عيب السبب لأن الخطأ فى تكييف الحالة القانونية أو الواقعية التى تسبق القرار تؤدى إلى الخطأ فى تطبيق القانون وتاويله .

ونعرض تباعا - بإيجاز - للعيوب المختلفة للقرار الإدارى فى المباحث التالية :

المبحث الاول

عيب عدم الإختصاص

يراد بعدم الإختصاص عدم القدرة قانونا على إتخاذ قرار معين ، وذلك لضرورة صدوره من عضو هيئة اخرى .

ويشبه البعض عدم الإختصاص فى القانون العام بعدم الاهلية فى القانون الخاص ، ذلك أن الشخص غير المختص وناقص الاهلية كلاهما غير قادر على القيام بعمل قانونى معين ولكن يوجد بينهما اختلاف من حيث الهدف ذلك أن قواعد الإختصاص تهدف إلى حماية المصلحة

العامة ، بينما قواعد الأهلية ترمى إلى حماية الشخص ذاته .

ـ ويتحدد الإختصاص بالقانون او بالمبادئ القانونية العامة .

خصائص عيب عدم الإختصاص :

(أ) يتعلق هذا الوجه من أوجه الإلغاء بالنظام العام ، ومن فإن القاضى يتصدى له من تلقاء نفسه .

(ب) لا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق .

(جـ) لايجوز للإدارة أن تتفق على تعديل قواعد الإختصاص .

ـ وقد يتخذ عدم الإختصاص مظهرا إيجابيا أو سلبيا ، فيكون إيجابيا عندما تصدر جهة إدارية معينه قرارا هو من إختصاص إدارية اخرى ، ويكون سلبيا عندما ترفض الجهة الإدارية المختصة إصدار قرار إدارى معين اعتقادا منها انه لا يدخل فى إختصاصها ، ففى المظهرين يكون القرار مشوبا بعيب عدم الإختصاص .

صور عدم الإختصاص : قد يكون عيب عدم الإختصاص بسيطا وقد يكون جسيما ونوضح النوعين فيما يلى :

عيب عدم الإختصاص البسيط : ويظهر فى الحالات الآتيه :

اولا : عدم الإختصاص من حيث المكان :

ويحدث ذلك عندما تجد مسالة فى النطاق الإقليمى لاكثر من عضو إدارى .

ثانيا : عدم الإختصاص من حيث الزمان :

كان يصدر قرار من موظف انتهت خدمته وترك الوظيفة نهائيا او إلتحق بوظيفة أخرى ، فإختصاص الموظف مرهون بالمدة التى يتولى فيها أمر الوظيفة ، كما انه لا يجوز له إتخاذ قرارات يكون حق

اصدارها من اختصاص من يخلفه فى العمل ـ كذلك إذا صدر القرار بعد الميعاد الذى حدده القانون فإنه يكون معيبا بعيب عدم الإختصاص.

ثالثا : عدم الإختصاص من حيث الموضوع :

ويحدث ذلك فى حالات إعتداء السلطة المركزية على إختصاصات الهيئات اللامركزية ، أو إعتداء سلطة أدنى على إختصاص سلطة أعلى أو العكس ، أو إعتداء جهة إدارية على إختصاص جهة إدارية أخرى مساوية لها فى الدرجة مثل إعتداء وزير على إختصاص وزير آخر .

عيب الإختصاص الجسيم (ويطلق عليه اصطلاح اغتصاب السلطة) :

ويحدث ذلك فى الحالات الآتيه :

١ - حالة صدور قرار من فرد عادى (ليس موظفا) أو من هيئة خاصة لا تملك اطلاقا حق مباشرة اختصاصات إدارية .

ونشير كذلك إلى حالة الشخص الذى يعين فى وظيفة ثم يمارس اختصاصه ويصدر بناء عليه قرارات إدارية ، وبعد ذلك يلغى قرار تعيينه بناء على طعن رفع ضده من صاحب مصلحه ... فى هذه الحالة نظرا لأن الإلغاء يكون بأثر رجعى فإن الموظف وإن اتخذ مظهر الموظف الأصيل الذى عين بطريقة قانونية الا انه فى الحقيقة لا يعتبر موظفا عموميا وانما هو موظف فعلى . وبهذه المثابة تعتبر قراراته التى اصدرها كانها صادره من فرد عادى ولكن برغم ذلك لا ينظر إلى هذه القرارات على انها من قبيل إغتصاب السلطة ، بل إنها لا تعد مشوبه بعيب عدم الإختصاص البسيط ، وتصحيح القرارات فى هذه الحالة إنما يستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة ، والصالح العام يقتضى ويحبذ الاخذ بهذه الفكرة احيانا وفى مثل الصورة المذكورة .

٢ - حالة إعتداء السلطة الإدارية على إختصاصات السلطة التشريعية أو السلطة القضائية كأن تباشر السلطة الإدارية عملا

يدخل إختصاص السلطة التشريعية وحدها ، أو تصدر قرار بشأن موضوع من صميم اختصاص السلطة القضائية .

تغطية عيب عدم الإختصاص :

معنى ذلك أن توجد حالة عدم اختصاص ولكنها نظرا لنشوئها في ظروف معينه فإنها بسبب هذه الظروف تنقلب إلى حالة إختصاص طبيعية لا عيب فيها وكان الأمر تم وفقا لقواعد الإختصاص السليمة .

وقد يغطى عيب عدم الإختصاص بقواعد عادية أو بقواعد استثنائية

تغطية عيب عدم الإختصاص بقواعد عادية :

يقصد بذلك تغطية العيب المذكور بناء على فكرة التفويض أ الحلول .

- معنى التفويض :

أن يعهد صاحب الإختصاص الأصيل من نفسه ببعض اختصاصاته إلى موظف آخر كي يزاولها بصفة مؤقته .

- أما الحلول :

فإنه يحدث إذا طرأت ظروف تجعل صاحب الإختصاص الأصيل عاجزا عن ممارسة اختصاصه فينتقل الإختصاص هنا بقوة القانون إلى من يحدده القانون سلفا .

ويستفاد مما تقدم أن التفويض يحتاج إلى قرار صريح لإنشائه ولا يمكن أن يكون التفويض إلا جزئيا إذ لا يتصور أن يكون شاملا لكل اختصاصات الأصيل لأنه ينقلب في مثل هذه الصورة إلى تفويض للسلطة ، وكأن الموظف عزل نفسه أو منحها اجازة دائمة وهذا غير سليم .

ولكن الحلول على عكس ذلك إذ يتم بقوة القانون ، ويكون شاملا لإختصاصات الأصيل .

ونبين الآن الوضع القانوني لكل من التفويض والحلول :

التنظيم القانوني للتفويض :

١ - يجب أن يجيز القانون التفويض ويبين سبيله .. ويلاحظ أن التفويض لا يتم إلا بنفس الأداة المقررة للإختصاص .

٢ - يجب أن يكون صريحا أي يصدر به قرار خاص إذ أن التفويض لا يفترض . ويجوز أن يكون شفويا وتنشأ صعوبة في هذه الحالة تتعلق بإثباته .

٣ - ان التفويض أمر شخصي بمعنى أنه ينتهي بخروج الشخص الذي صدر عنه (مثل إستقالة الوزير الصادر عنه التفويض) وبخروج الموظف الصادر إليه من دائرة العمل الذي يقوم به في الإدارة .

٤ - التفويض يجب أن يكون جزئيا فلا يصح أن يكون شاملا لكل إختصاصات الأصيل .

٥ - تفويض الإختصاصات المفوضة لا يجوز بمعنى أن من يصدر إليه تفويض لا يصح أن يفوض بدوره غيره .

٦ - ما هو موقف الموظف الذي فوض غيره في بعض إختصاصاته بشأن المسائل محل التفويض ؟ هل يجوز له رغم التفويض أن يمارس اختصاصه بشأن هذه المسائل أم يمتنع عليه ذلك طالما كان التفويض قائما ؟ هذه الحالة مثار خلاف ، ونرى - من الأفضل وخضوعا لحكم المنطق - أن التفويض يمنع الأصيل من ممارسة اختصاصه في المسائل موضوع التفويض

٧ - الموظف الذي فوض غيره في بعض إختصاصاته لا يعد بمثابة الرئيس الإداري بالنسبة للقرارات الصادرة طبقا للتفويض .

التنظيم القانونى للحلول :

١ - يجب أن يستند الحلول على نص من نفس قوة النصوص المنظمة للإختصاصات موضع الحلول .

٢ - يتم بقوة القانون وبغير حاجة إلى قرار خاص بعكس التفويض .

٣ - الحلول - بعكس التفويض - لا تسوده الصفه الشخصيه لأنه يتحدد بالقانون بطريقة مجردة .

٤ - الحلول كلى بمعنى أنه يشمل جميع الإختصاصات المقرره للأصيل.

٥ - فى حالة الحلول حيث يتمتع الموظف بكل اختصاصات الأصيل يجوز له أن يلجأ إلى التفويض الجزئى .

٦ - يرى مجلس الدولة الفرنسى أن الحلول لا يجب اختصاصات الأصيل نهائيا بل يجوز له أن يأتى من الأعمال ما يسمح به السبب الذى تقرر من أجله الحلول (هذا الرأى فى الواقع غير سليم).

٧ - يجب على الأصيل فى حالة الحلول أن يحترم القرارات الصادرة من نائبه فى غيبته .

تغطية عيب عدم الإختصاص بقواعد غير عادية (أى حالة الظروف الإستثنائية):

يلاحظ أن الظروف الإستثنائية تغطى عيب عدم الإختصاص الجسيم ، وإذا كان الأمر كذلك - ولا خلاف عليه - فإنه من باب أولى تغطى الظروف الإستثنائية العيب البسيط .

مثال ذلك : حالة حدوث تفويض - لا يجيزه القانون - فى ظروف إضطرارية . المفروض فى هذه الحالة بطلان قرار التفويض والقرارات الصادرة بناء عليه ولكن ما دام التفويض تم فى ظروف إستثنائية وتحت ضغطها فإنها تغطى العيب وكأنها اجازة ضمنيه بالتفويض .

مثال آخر : موظف فى إستطاعته قانونا أن يفوض آخر فى بعض

اختصاصاته ، ولكن الظروف الإستثنائية تمنعه من إجراء التفويض بينما تضطر هذه الظروف الموظف المفروض انه سيتلقى التفويض إلى مزاولة بعض إختصاصات الموظف الاول بدون تفويض .

فى هذه الصورة — المشار إليها — تعتبر القرارات هنا سليمة على أساس تفويض ضمنى ، وترجع سلامة القرارات إلى حالة الظروف الإستثنائية المسيطرة على التصرف .

المبحث الثانى

عيب مخالفة الشكل أو الإجراءات

يقصد بذلك العيب عدم إلتزام الجهة الإدارية بالإجراءات والشكليات المطلوبة لإصدار القرارات الإدارية بتجاهلها واسقاطها كلية أو بمخالفتها .

وهذا الوضع لا يمنع من أن قرارات عديدة لا تتقيد فى صدورها بإجراءات او شكليات خاصة بل قد تكون هذه القرارات شفويه فليس ضروريا أن تكون مكتوبه ، ولكن ذلك الحال لا يعتبر القاعدة ، وانما الشائع هو إشتراط القانون او المبادىء القانونية العامة بعض إجراءات وشكليات معينه يتحتم على الإدارة اتباعها لإصدار قراراتها . والغرض من تقرير هذه الشكليات حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على السواء ، ولكن يجب عدم الإسراف فى تقرير الشكليات حتى لا تتعقد الامور وينقلب الهدف منها إلى عكسه فتضار المصلحتان العامة والخاصة .

ويلاحظ أن مخالفة الشكل او الإجراءات المطلوبة لصدور القرار لا تؤدى دائما وحتما إلى بطلانه وبالتالى إلى إلغائه ، وانما تجب التفرقة فى هذا المجال بين نوعين من المخالفة :

النوع الأول ـ مخالفة الشكليات الجوهرية :

وهذه تعيب القرار وتجعله مستحقا للإلغاء .

النوع الثانى ـ مخالفة الشكليات غير الجوهرية :

وهذه لا تعيب القرار ومن ثم فلا يكون محلا للإلغاء .

معيار التفرقة بين الشكليات الجوهرية والثانوية :

يعتبر الشكل او الإجراء جوهريا إذا أسبغ القانون عليه هذا الوصف صراحة ، أو إذا اعتبر القرار باطلا فى حالة مخالفة الشكل او الإجراء المطلوب ، وفى حالة سكوت القانون يعد الشكل (او الإجراء) جوهريا إذا كان فى إستطاعته ان يغير القرار الإدارى الذى اتخذ بمعنى أن يكون له أثر حاسم على مسلك الإدارة وهى تحدد مضمون القرار . فإذا لم يكن الإجراء كذلك اعتبر ثانويا ولا يعتبر تجاهله عيبا يؤثر فى شرعية القرار .

ومن امثلة الشكليات الجوهرية استلزام القانون آخذ رأى فرد او هيئة قبل إصدار القرار ، وكذلك الإجراءات التى يقررها القانون وتأخذ صفة الضمانات الفردية والتاديبية مثل حق الدفاع وما يتصل به ، وتشكيل الهيئات التاديبية واجراءات المحاكمة امامها والطريق الذى تتبعه لأداء مهمتها .

ملاحظة :

هل يجوز للافراد الإستفادة من مخالفة الإدارة للشكليات المقررة لمصلحتها وحدها ؟

إن تجاهل الإدارة للشكليات التى تقررت لمصلحتها وحدها لا يصح أن تكون سببا يقيم عليه الافراد الطعن بالإلغاء .

يسير فى هذا الإتجاه القضاء الإدارى الفرنسى فى بعض احكامه ، ولكن هذه المسالة تثور بشانها صعوبة تتعلق بتحديد الحالات التى تكون فيها الشكليات مقرره حقيقة لمصالح الإدارة فقط لانه فى الغالبية العظمى من الاحوال نجد المصلحة العامة مقترنه بمصلحة الإدارة . فمثلا بالنسبة للشكليات التى تحيط بالمناقصات والمزايدات وان كانت تبدو انها تقررت لمصلحة الإدارة إلا انها وضعت فى الواقع لحماية المصلحة العامة ، ومن ثم فإن مخالفة القرار الإدارى لهذه الشكليات التى تعتبر جوهرية تجعل القرار باطلا بطلانا مطلقا وليس نسبيا ، وقد رفض القضاء الفرنسى فكرة البطلان النسبى فى هذه الحالة (ومعنى البطلان النسبى الا يحتج به الا من تقرر لمصلحته دون الطرف الاخر الذى تعامل معه وهذا الوضع سائد فى القانون المدنى ، ولكنه لا يتسق مع قواعد القانون الإدارى حيث يكون البطلان اساسا مطلقا وليس نسبيا) .

حالات تغطية عيب الشكل والإجراءات :

لا تثور فكرة تغطية عيب الشكل إلا بالنسبة للشكليات الجوهرية لان تجاهل الشكليات الثانوية لا يؤثر ــ كما عرفنا ــ على مشروعية القرار .

ومخالفة الشكل الجوهرى وان كانت تعيب القرار الا انه فى بعض الظروف وببعض الوسائل يمكن تصحيح العيب بحيث يعتبر القرار ــ عندئذ ــ سليما ، ونوضح ذلك فيما يلى :

١ - الظروف الإستثنائية :

تغطى عيب الشكل إذ قد تضطر الإدارة إلى إغفال بعض الشكليات تحت ضغط هذه الظروف ، ولكن القضاء جرى على الحكم بصحة القرارات فى هذه الحالة بناء على فكرة المشروعية المتسعة التى اوجدها فى

تلك الظروف .

٢ - رضاء صاحب الشأن بالقرار المعيب :

المسألة خلافية ويذهب رأى فى الفقه والقضاء إلى أن هذا الرضا يغطى عيب الشكل ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بعد ذلك ، ولكن إذا نظرنا إلى أن الشكل الجوهرى يتعلق إلى حد كبير بالنظام العام فإن الرضاء السابق - بالقرار المعيب - يكون عديم الاثر فى تغطية عيب الشكل .

٣ - فعل صاحب الشأن :

إذا كان مرد العيب الذى اصاب القرار إلى فعل صاحب الشأن نفسه كإهماله وتراخيه فى الإستفاده من الضمانات المقررة لحق الدفاع فى المحاكمات التاديبية .

٤ - الإتمام اللاحق للشكليات :

هذه المسألة خلافيه فى الفقه والقضاء إذ يوجد اتجاه يرفض التسليم بأن الإتمام اللاحق للشكليات يغطى العيب لان التصحيح سيكون بأثر رجعى وهذا غير جائز .

ولكن هناك اتجاه آخر يوافق على تصحيح الإجراءات الشكلية بعد صدور القرار ومن ثم فإن عيب الشكل يمكن تغطيته فى هذه الحالة . وذهب رأى إلى أن التصحيح اللاحق يكون جائز إذا إنصب على خطأ مادى فقط .

٥ - حالة إستحالة اتمام الشكليات :

تعتبر هذه الحالة تطبيقا لفكرة القوة القاهرة وهى تغطى عيب الشكل .

المبحث الثالث

عيب مخالفة القانون (العيب المتصل بمحل القرار)

يلاحظ أن عيب مخالفة القانون فى ذاته قابل لأن يضم بين طياته كل عيوب القرار الإدارى الأخرى ، ولكن يقتصر هذا العيب هنا على محل القرار فقط .

وتوضح بخصوص هذا العيب عدة مسائل هى : المقصود بمحل القرار ، والمقصود بكلمة القانون ، وصور مخالفة القانون ، وكيفية تغطية هذا العيب .

أولا محل القرار الإدارى :

ان محل التصرف فى القانون - بصفة عامة - هو الاثر القانونى الذى يحدثه التصرف مباشرة .

ومحل القرار الإدارى هو الأثر الذى يحدده القرار فى الحالة القانونية القائمة ، وذلك بإنشاء مركز قانونى جديد أو تعديل مركز قانونى قديم أو إلغائه .

ومحل القرار الإدارى - مثل التصرفات القانونية كلها - يجب أن يكون ممكنا وجائزا قانونا .

ومعنى كون محل القرار ممكنا :

أن الإدارة إذا أصدرت قرارا كان من المستحيل تنفيذه سواء بالنسبة للأفراد أو الموظفين العموميين فإنه - أى القرار - يعد باطلا تطبيقا للقاعدة الأصولية التى تقضى بأنه لا يكلف أحد بالمستحيل .

ومعنى كون محل القرار جائزا :

الا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب أو حكم القانون ، فالقرار الذى يقضى بامر مخالف للنظام العام مثلا يعتبر باطلا بلا شك لانه يقوم على محل جائز . والقرار الذى يتضمن تسليم بعض اللاجئين السياسيين باطل لمخالفته نص الدستور .

ثانيا : المقصود بكلمة القانون :

يقصد بذلك القواعد القانونية المكتوبة (الدستور والقانون العادى) واللوائح والتعليمات والمنشورات المصلحية اللائحية وكذلك القواعد العرفية . والمبادىء العامة للقانون العام ، واحكام القضاء المتمتعه بقوة الشىء المقضى به (اى ذات الحجيه) والعقود الإدارية ، والقرارات الإدارية السابقة .

ومعنى ذلك أن كلمة القانون فى مجال عيب مخالفة القانون لا يقصد بها فقط القوانين التى تضعها السلطة التشريعية وانما تنصرف إلى كل قاعد قانونية يكون مصدر القرار ملزما بإحترامها ، فإذا صدر قرار إدارى على خلاف قاعدة قانونية ـ بالمعنى السابق ـ وحسب تدرج القواعد القانونية يكون معيبا .

ويلاحظ أن المبادىء القانونية العامة تساوى فى قوتها قوة التشريعات العادية وهى مبادىء غير مكتوبة يستخلصها القضاء من الإتجاهات العامة للتشريع ويجب على الإدارة احترامها وهى تصدر قراراتها طالما أن المشرع لم يلغها .

ـ ومخالفة القرار لشروط العقد الإدارى لا تعطى المتعاقد مع الإدارة الحق فى الإستناد إلى إنتهاك شروط العقد للطعن بالإلغاء فى القرار وانما له إن يلجأ إلى قاضى العقد فوجود دعوى العقد يمنع

قبول دعوى الإلغاء (تظهر هنا نظرية الدعوى الموازية أو الطعن المقابل).

ولكن الغير بالنسبة للعقد يكون لهم حق الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية التى تخالف شروط العقد وتضر بمصالحهم وهذا يحدث مثلا فى عقد إلتزام المرافق العامة فى حالة مخالفة الشروط اللائحية المقررة فيه لتنظيم المرفق لخدمة الجمهور.

ثالثا : صور مخالفة القانون :

قد تكون مخالفة القانون صريحة عمدية كان يحرم القانون على الإدارة أمرا فتاتيه.

- وقد تاخذ المخالفة صورة الخطا فى تفسير القانون بحيث تجاوز الإدارة قصد المشرع.

- وتظهر المخالفة كذلك فى حالة ما إذا وضع القانون قيودا معينه على بعض الحقوق، أو شروطا معينه لإمكان استعمالها ثم تاتى الإدارة فتضيف قيودا جديدة أو تشدد فى الشروط القائمة فإن تصرفها على هذا النحو يجعل التصرف مخالفا للقانون.

- إذا عمدت الإدارة إلى عدم تطبيق القانون وكشف مسلكها عن هذا القصد اعتبر تصرفها مخالفا للقانون.

ملاحظة :

النتيجة الحتمية التى تترتب على مخالفة الإدارة للقانون بمعناه العام (على حسب التوضيح السابق) على اية صورة على النحو سالف الذكر - هى بطلان القرار بحيث يكون مستحقا للإلغاء.

رابعا : كيفية تغطية عيب مخالفة القانون :

يغطى هذا العيب فى حالة الظروف الإستثنائية.

مثال ذلك : قرار الإدارة برفض تنفيذ حكم قضائى أى امتناعها عن مد يد المساعدة لتنفيذه يعتبر قرارا باطلا لمخالفته لمبدأ حجية الشىء المقضى به (وهو من المبادىء القانونية العامة) مثل هذا القرار يعتبر صحيحا إذا صدر فى ظروف إستثنائية وقد حكم القضاء بذلك .

- والقرار الإدارى الذى يوقف تطبيق قانون يكون باطلا لمخالفته لمبدأ تدرج النصوص القانونية . ولكنه يعتبر صحيحا إذا ما صدر فى ظروف إستثنائية وقد حكم القضاء بذلك (مجلس الدولة الفرنسى) .

المبحث الرابع

عيب السبب

يمثل سبب القرار الإدارى الحالة القانونية او الواقعية التى تسبق القرار وتدفع الإدارة إلى إصداره . وبعبارة اخرى يجب أن يقوم القرار الإدارى على حالة واقعية او قانونية صحيحة تحمل الإدارة على التدخل وتدفعها إلى إصدار القرار .

وقد عرف البعض سبب القرار بانه العنصر الأول للقرار أى السابقة التى تتقدمه وتثيره وتكون اساس وجوده .

- وإذا فقد القرار الإدارى سببه الصحيح كان معيبا باطلا مستحقا للإلغاء :

والقضاء الإدارى يراقب الوقائع المادية التى يستند إليها القرار . وكذلك يراقب الوصف القانونى للوقائع: فإذا لم تكن الوقائع موجودة ، أو كانت موجودة ولكن حدث فيها خطأ ، أو كانت

الوقائع صحيحة ولكن تكييف الإدارة لها من الناحية القانونية غير سليم فإن القضاء الإداري يحكم بإلغاء القرار للعيب الذى شاب سببه من الناحيه المادية أو القانونية . فالقضاء يعمل - قبل الحكم - على التحقق من ان الوقائع المكونه لركن السبب صحيحه ماديا ثم يراقب الوصف القانوني لها ليتاكد من انها تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها القرار ، فهو يبحث فى وجود الوقائع وصحتها وسلامة تكييفها القانوني الذى يؤدى إلى النتيجة التى وصلت إليها الإدارة . فإذا كانت النتيجة منتزعه من اصول (وقائع) غير موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها ، أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها ماديا لا يؤدى إلى النتيجه التى يتطلبها القانون كان القرار فاقدا لركن السبب مستوجب الإلغاء .

مثـــال :

- قرار تاديبى ـ بفصل موظف ـ استند إلى وقائع مادية غير صحيحة أو إستند إلى وقائع صحيحة ولكن تكييفها على أنها جريمة تاديبيـة غير صحيح على اساس أن الفعل أو الافعال المنسوبة إلى الموظف لا تعتبر اخلالا من الموظف بواجبات وظيفته ولا تشين المسلك الواجب لاداء الوظيفة . فى مثل هذه الحالة يكون القرار فاقدا لاحد أركانه وهو ركن السبب ومن ثم فإنه يتعين إلغاءه .

ملاحظة :

ليس للقضاء أن يتدخل - فى مجال البحث عن سبب القرار - فى وزن خطورة السبب أو تقدير ملاءمة الاثر الذى رأت السلطة الإدارية المختصة ترتيبه عليه والذى اقتنع به واطمان إليه أولو الامر فى إستهدافهم للصالح العام .

ملاحظة أخرى : لا تغطى الظروف الإستثنائية عيب السبب

المبحث الخامس

عيب اساءة استعمال السلطة

يرتبط هذا العيب بركن الغاية المراد تحقيقها من اصدار القرار ، ويتعين دائما على مصدر القرار تحقيق المصلحة العامة وهى غاية النشاط الإدارى كله أيا كانت صورته .

وقد يحدد القانون للإدارة هدفا معينا (فى نطاق المصلحة العامة) يجب أن تعمل على تحقيقه فإذا خرجت عنه ولو كان تصرفها لا يخرجها من نطاق المصلحة العامة كلية الا ان ذلك التصرف يعتبر انحرافا عن الهدف المخصص للإدارة .

وقد تسىء الإدارة استعمال الإجراءات الواجب عليها اتباعها بان تحاول إستخدام اجراءات أخرى لا تحوى نفس الضمانات المقرره للافراد فى الافراد التى تجاهلتها الإدارة . وهذه الحالة ليست سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف .

صورة إساءة إستعمال السلطة (او الإنحراف بالسلطة) :

ان عيب اساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإدارى يجب أن ينطوى فى القرار ذاته او فى وقائع سابقة عليه او لاحقه له وأن يكون مؤثرا فى توجيه هذا القرار لا منقطع الصلة به ، وأن يقع ممن يملك اصدار القرار لا من أجنبى عنه لا يد له فيه .

- ويجب ان يكون الإنحراف بالسلطة متعمدا بمعنى أن يكون الموظف - وهو يصدر قراره - على علم بانه ينحرف عن الهدف الذى حدده القانون ، وانه يقصد ايضا ذلك الإنحراف .

ولما كانت القرارات الإدارية لابد وان تستهدف لإدارة من

اصدارها مصلحة عامة - وتلك قاعدة لا يرد عليها أى إستثناء - فإن تجاهل الإدارة فى قرارها للمصلحة العامة كلية يصيب القرار بعيب إساءة استعمال السلطة . ونفس العيب يظهر فى القرار حالة مخالفة الإدارة الهدف الذى حدده القانون لها او لإجراءات التى رسمها لها لإتباعها عند إصدار نوع معين من القرارات .

ومن ابرز صور الإنحراف عن المصلحة العامة اتجاه رجل الإدارة فى تصرفه إلى تحقيق نفع شخصى له او محاباة الغير . او إستخدام السلطة بقصد تحقيق غرض سياسى ، او بقصد الإنتقام الشخصى ، وكذلك حالة الغش نحو القانون .

وايضا حالة الإعتداء على قوة الشىء المقضى به . فهذا الإعتداء إذا كان مباشرا يؤدى إلى ظهور عيب مخالفة القانون ، ولكن قد يتم الإعتداء بطريقة غير مباشرة ملتوية وعندئذ يتسم القرار بعيب اساءة استعمال السلطة ويكون من الملائم الإستناد على هذا العيب لطلب إلغاء القرار الإدارى .

وقد يحدث الإنحراف نتيجة مجانبة قاعدة تخصيص الاهداف كان تتخذ الإدارة قرارا لحماية أغراض غير التى قصدها الشارع من منحها سلطة معينه حتى ولو كانت هذه الأغراض تتصل بالصالح العام .

- وقد يتمثل الإنحراف بالسلطة فى إلتجاء الإدارة إلى إستعمال بعض الإجراءات مكان إجراءات اخرى يتحتم عليها سلوكها للوصول إلى الغرض الذى تريد تحقيقه . ومثال ذلك إستخدام الإدارة لإجراءات الإستيلاء المؤقت بدلا من إجراءات نزع الملكية الواجب عليها اتباعها لكى تستولى نهائيا على عقار للمنفعة العامة .

- ويترتب على إصابه القرار بعيب إساءة إستعمال السلطة بطلانه

وامكان إلغائه على هذا الأساس . ونظرا لصعوبة اثبات هذا العيب لانه لا ينصب على عناصر موضوعيه وانما ينصب على عناصر نفسية وذاتيه تتصل بمصدر القرار ، لذلك فقد إعتبر عيب الإنحراف بالسلطة سببا إحتياطيا بين أسباب إلغاء القرار الإدارى ، ومعنى ذلك أن المحكمة لا تلجأ إليه إلا إذا لم تصلح اوجه الإلغاء الاخرى التى إستند إليها الطاعن للوصول إلى إلغاء القرار .

ملاحظات :

١ - توجد صلة وثيقة بين هدف القرار وسببه بحيث يمكن أن يؤدى احدهما مهمة الاخر احيانا .

مثال ذلك :

معاقبة الإدارة موظفا لم يرتكب جريمة تاديبية . فالقرار التاديبى الصادر بالعقوبة يمكن الطعن فيه لإنعدام السبب القانونى (لعدم وجود جرم تاديبى) كما يمكن فى نفس الوقت بناء الطعن بالإلغاء على أساس الإنحراف بالسلطة .

٢ - الظروف الإستثنائية لا يمكن ان تغطى عيب إساءة إستعمال السلطة (وهذه الظروف كما ذكرنا من قبل لا تغطى ايضا عيب السبب - واثرها فى التغطية مقصورة على العيوب الثلاثة الاخرى) فالظروف الإستثنائية وهى توسع من سلطة الإدارة انما قصد بها تمكينها من حماية المصلحة العامة ومن ثم فلا يجوز اطلاقا الخروج على هذه المصلحة .

ويلاحظ من جهة اخرى أن القاضى يستطيع التصدى لعيب عدم الإختصاص ولو لم يثره الطاعن ، وعلة ذلك تعلق العيب المذكور بالنظام العام . والشائد أن العيوب الاخرى تقاس على عيب الإنحراف بالسلطة ويعتبر ذلك أن القاضى لا يتصدى لها من تلقاء نفسه ، وانما

بناء على اثارة الطاعن لها .

وقف تنفيذ القرارات الإدارية :

ان الطعن بالإلغاء فى قرار ما لا يؤدى إلى وقف تنفيذه ولا يتم وقف تنفيذ القرار إلا إذا نص المشرع على ذلك .

وقد نص القانون السابق لمجلس الدولة فى المادة ٢١ منه على مايأتى :

"لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على انه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها " .

"وبالنسبة للقرارات التى لا يقبل طلب إلغائها قبل التظلم منها إداريا لا يجوز طلب وقف تنفيذها . على أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب المتظلم أن تحكم مؤقتا باستمرار صرف مرتبه كله أو بعضه إذا كان القرار صادرا بالفصل او بالوقف . فإذا حكم له بهذا الطلب ثم رفض تظلمه ولم يرفع دعوى الإلغاء فى الميعاد اعتبر الحكم كأن لم يكن واسترد منه ما قبضه ".

شروط وقف التنفيذ :

يجب لإمكان وقف تنفيذ القرار الإدارى توافر الشروط الآتيه :

١ - ان يطلب الطاعن صراحة فى صحيفة دعوى الإلغاء وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون فيه .

٢ - قيام حالة الإستعجال التى تبرر طلب وقف التنفيذ . ويتوافر الإستعجال إذا كانت نتائج التنفيذ المباشر يتعذر تداركها وإزالتها تماما إذا قضى بعد ذلك فى موضوع الدعوى بالغاء

القرار المطعون فيه .

٣ - احتمال إلغاء القرار الإداري : ومعنى ذلك أن يكون إدعاء الطاعن - بحسب الظاهر - قائما على أسباب جدية تبرره وتكشف عن إحتمال إلغاء القرار موضوعيا .

ملاحظــــة :

جميع القرارات التي يجوز طلب إلغائها يمكن كذلك طلب وقف تنفيذها ، ويرد على هذه القاعدة الإستثناء المقرر في المادة ٢/٢١ سالفة الذكر ، وذلك بالنسبة للقرارات الصادرة في شئون الموظفين والتي لا يمكن إلغاؤها قبل التظلم منها إداريا . ويلاحظ أن هذا الإستثناء ورد عليه قيد بخصوص القرارات الصادرة بفصل الموظفين أو وقفهم عن العمل .

الفصل الثالث

الحكم في دعوى الإلغاء

بعد بحث المحكمة المختصة لشروط الدعوى من الناحية الشكلية والموضوعية فإنها تنتهي إلى إصدار حكم في النزاع . والحكم الصادر في دعوى الإلغاء قد يكون بإلغاء القرار المطعون فيه ، وقد يكون برفض الدعوى ، وقد تقتصر المحكمة على الناحية الشكلية عند بحث الدعوى فإذا إتضح لها أن شروط قبول الدعوى غير متوافره حكمت بعدم قبول الدعوى . والحكم في دعوى الإلغاء بعدم قبولها أو برفضها له حجية نسبية بعكس الحكم الصادر بالإلغاء فإن حجيته تكون مطلقة بمعنى أنه يسري في مواجهة الكافة فيحتج به على من طعن بالإلغاء ومن لم يطعن ، ويلاحظ أن الحكم بالإلغاء له أثر رجعي بمعنى أنه يعدم القرار الإداري المطعون فيه منذ صدوره بحيث يعتبر

كان لم يكن .

ونظرا للحجيه المطلقة التى يتمتع بها حكم الإلغاء فإن إحترامه واجب لدى جميع الجهات القضائية فى الدولة شانه فى ذلك شان الاحكام الجنائية إذ هى واجبة الإحترام أمام القضاء المدنى والقضاء الإدارى بسبب ما تتمتع به من حجيه مطلقه .

مثال : إذا كان القضاء العادى مختصا بنظر منازعات الضرائب والرسوم واثار احد الخصوم فى نزاع من هذا القبيل أن اللائحه التى فرضت الرسم مثار الخلاف قد الغاها القضاء الإدارى فى حكم له ، فإن هذا الحكم يجب إحترامه من القضاء العادى إذ على المحكمة التى تنظر النزاع - الذى اثير بشأنه حكم الإلغاء - ان تتقيد بحكم الإلغاء فى خصوص الفصل فى الدعوى المعروضه عليها . وتثور مسألة حجيه حكم الإلغاء بصدد لوائح البوليس (لوائح الضبط) عند تطبيق القاضى الجنائى لها . ولوائح البوليس تتضمن عقوبة توقع على من يخالف ما تامر به أو تنهى عنه وتوقيع العقوبه من إختصاص القضاء الجنائى وحده واحكامه لها حجيه مطلقة .

واحيانا يصدر عن القضاء الإدارى حكم بإلغاء لائحة من النوع المذكور او حكم برفض إلغائها . ومن الناحية الاخرى قد يصدر حكم من القاضى الجنائى بخصوص نفس اللائحه على خلاف حكم القضاء الإدارى وكلا الحكمين (حكم الإلغاء والحكم الجنائى) يتمتع كما عرفنا بحجيه مطلقة فما هو أثر حكم الإلغاء أمام القضاء الجنائى ؟ وما هو الحل عند تعارضه مع حكم جنائى ؟

الإجابه على هذا السؤال نفرق بين حالتين هما : حالة صدور الحكم فى دعوى الإلغاء قبل الحكم الجنائى . وحالة صدوره بعد

الحكم الجنائي .

١ - صدور الحكم في دعوى الإلغاء قبل الحكم الجنائي :

إذا صدر الحكم بالإلغاء فإنه في هذه الحالة يتقيد القاضي الجنائي بالحكم ويتعين عليه تبرئة المتهم المقدم للمحاكمة بمقتضى اللائحة التي ألغيت وذلك لإنعدام الأساس القانوني الذي يحاكم بناء عليه . أما إذا كان حكم القضاء الإداري في دعوى الإلغاء قد إنتهى إلى رفض الدعوى فمعنى ذلك أن اللائحه المطعون فيها صحيحة وإذا صدر حكم القضاء الجنائي بالعقوبة في هذه الحالة فإنه يكون سليما ويجوز أيضا للقاضي الجنائي أن يمتنع عن تطبيق اللائحة لعدم شرعيتها - إذ له حق فحص شرعية هذه اللوائح - ويبرىء المتهم . وهنا يقع تناقض بين الحكمين ويبرر ذلك التناقض على أساس أن المتهم ربما إستطاع أن يدلي بحجية قوية على بطلان اللائحه أمام القاضي الجنائي في حين أنه لم يستطع ذلك أمام القضاء الإداري .

٢ - صدور الحكم في دعوى الإلغاء بعد صدور الحكم الجنائي :

(أ) إذا كان الحكم الجنائي أدان المتهم ثم صدر حكم بالغاء اللائحة فمعنى ذلك أن الإدانه لا تستند إلى أساس لأن الإلغاء له أثر رجعي إذ يعدم اللائحة منذ صدورها . ويمكن إزالة هذا التناقض في الحكم الجنائي إذا كان هناك سبيل للطعن فيه ، والا فإنه يجب على السلطة التنفيذية أن تمتنع عن تنفيذ هذا الحكم .

- إذا فرضنا أن حكم القضاء الإداري كان برفض دعوى الإلغاء فلا يوجد تناقض في هذه الحالة .

(ب) إذا كان الحكم الجنائي برأ المتهم فإنه في هذه الحالة يكون

متفقا مع الحكم فى دعوى الإلغاء بالإلغاء .

— أما إذا كان حكم القضاء الإدارى برفض الدعوى فيقع تناقض بين الحكمين فى هذه الحالة ولكن لا يمكن رفع هذا التناقض إذ لا تجوز إعادة محاكمة المتهم الذى برىء لأن الفرد لا يحاكم عن فعل واحد مرتين وتلك قاعدة مشهورة معروفه ومستقره .

الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى الإلغاء :

لا يطعن فى الحكم فى دعوى الإلغاء بالمعارضة أو الإستئناف لعدم جواز ذلك قانونا .

وانما يقبل الحكم الطعن بالنقض وكذلك إلتماس إعادة النظر .

الطعن بالنقض :

يجوز الطعن بالنقض فى حكم الإلغاء سواء أكان صادرا من محكمة القضاء الإدارى (حسب توزيع الإختصاص بينهما) وذلك فى الحالات التى حددتها المادة ١٥ من القانون ٥٥ لسنة ٥٩ وهو القانون السابق لمجلس الدولة وهى ما يأتى :

١ - إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله ..

٢ - إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم .

٣ - إذا صدر خلافا لحكم سابق حاز قوة الشىء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع .

ويقابل هذا النص حرفيا المادة ٢٣ من القانون الحالى لمجلس الدولة (القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) .

— وحق الطعن مقرر لذوى الشأن ولرئيس هيئة مفوضى الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم .

الطعن بطريق إلتماس إعادة النظر :

نصت المادة ١٩ من قانون مجلس الدولة على انه ، يجوز الطعن في الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى أو من المحاكم الإدارية بطريق إلتماس إعادة النظر في المواعيد والاحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وتحكم هذه الحالة المادتان ٤١٧ ، ٤١٨ من قانون المرافعات مع ملاحظة أن المادة ٤١٨ عدلت بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٢. وبناء على التعديل اصبح ميعاد الإلتماس ستين يوما بعد أن كان ثلاثين يوما .

ملاحظـــة :

بالإضافة إلى طريق الطعن سالف الذكر يجوز رفع دعوى تفسير لتوضيح منطوق الحكم إذا كان به غموض . وكذلك يجوز التقدم بطلب من ذوى الشان لتصحيح ما يقع في منطوق الحكم من أخطاء مادية بحتة ودعوى التفسير تحكمها المادة ٣٦٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وطلب التصحيح تحكمه المادة ٣٦٤ من القانون سالف الذكر .

ملاحظـــة ثانية :

يلاحظ ان القضاء الإدارى يطبق - بشان الدعاوى التى ينظرها الإجراءات المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة ، ويطبق احكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائى .

وقد تقرر هذا الوضع في المادة الثالثة من قانون إصدار قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ . ويلاحظ أن القيد الوحيد الذى أوردته المادة على تطبيق قواعد قانون المرافعات المدنية

والتجارية هو عدم تعارضها مع النصوص التشريعية للقانون الإدارى .
واتفاق القضاء لمبدأ آخر هو عدم تعارض قواعد المرافعات مع نظام المجلس وأوضاعه الخاصة .

ملاحظــة :

راجع بخصوص إختصاص إعادة النظر المادة ٥١ من القانون الحالى لمجلس الدولة (القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢) . -

الباب الرابع

قضاء التعويض

تقديم وتقسيم :

ان قضاء الإلغاء - رغم اهميته - لا يكفى لحماية الافراد حماية كاملة ، لأنه وان كان يضمن اعدام القرارات الإدارية المعيبة الا أنه لا يكفل تغطية ما يترتب على بقاء تلك القرارات المعيبة فترة نفاذها . فقد يحدث - وهو الغالب - ان تقوم الإدارة بتنفيذ القرارات التى تصدرها ، استنادا لمبدأ نفاذ القرارات الإدارية فماذا لو كان القرار الذي نفذته الإدارة معيبا ثم الغاه مجلس الدولة فيما بعد ، هنا تقتضى مبادىء العدالة أن يعوض الفرد عما لحقه من اضرار من تنفيذ القرار المعيب ، لذلك كان "قضاء التعويض" مكملا للإلغاء فى هذه الحالة .

وإذا تقررت مسئولية الإدارة (الدولة) منذ بداية هذا القرن على اثر تدخل الدولة فى كافة النشاطات (ونحن لسنا بصدد تتبع تاريخ المسئولية) ، مما حدا بالمشرع سواء فى فرنسا أو فى مصر لتقرير المسئولية بنصوص صريحة ، واجتهد القضاء الإدارى اجتهادات بارعة فى هذا المجال فقد اصبح المبدأ المقرر هو : مسئولية الإدارة عن جميع تصرفاتها ، ولم يستثن من هذا المبدأ الا طائفة اعمال السيادة (اعمال الحكومة) ، فهى ماتزال الإستثناء الوحيد لمبدأ الشرعية كما رأينا .

وإذا كان قضاء المسئولية عن العقود الإدارية يندرج فى نطاق قضاء التعويض ، الا أن الفقه قد جرى على دراسة المسئولية العقدية عند دراسة العقود الإدارية ، ولذا سنقتصر فى هذه الدراسة على المسئولية غير التعاقدية ، ومن ثم تنحصر دراستنا فى تناول المسئولية عن القرارات الإدارية التنفيذية والأعمال المادية .

على انه مما تجدر الإشارة إليه هو أن عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطتين التشريعية والقضائية (وطائفة أعمال السيادة كما قدمنا) ، لا يزال هو الأصل العام الذي يحكم مسئولية هاتين السلطتين وان اتجه المشرع والقضاء نحو تقرير المسئولية في حالات محدودة ، كما في المسئولية عن القوانين بشروط خاصة ومسئولية القضاء الشخصية عما يقع منهم من أخطاء جسيمة (كما في دعوى المخاصمة) ، وما اتجهت إليه بعض الأحكام في تقرير مسئولية الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ من جراء أعمال السيادة ، ويدعم الفقه هذه الإتجاهات التوسعية في مسئولية الدولة عن أعمالها المختلفة .

وعلى ذلك سوف تنحصر دراستنا لقضاء التعويض عن المسئولية عن القرارات الإدارية المعيبة إذ يشكل هذا المجال ابرز مجالات قضاء التعويض .

وسوف نتناول مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية في فصلين :

الفصل الأول : المسئولية على أساس الخطأ .

الفصل الثاني : المسئولية على أساس المخاطر .

وسوف نقدم لهذه الدراسة بتمهيد نستعرض فيه بإيجاز ـ تطور مسئولية الدولة في هذا المجال .(1)

---

(1) لمزيد من التفاصيل في قضاء التعويض ، راجع :
د. وحيد رأفت : رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، رقابة التضمين ١٩٤٢ . د. مصطفى كامل : مجلس الدولة ١٩٥٤ .
د. عثمان خليل : مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة ، سنة ١٩٦٢ . د. محمد كمال ليلة : الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) ، سنة ٩٦٧ - ٩٦٨ . د. سليمان الطماوي : القضاء الإداري - الكتاب الثاني قضاء التعويض ، سنة ١٩٧٧ .
د. رمزي الشاعر : مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية سنة ١٩٧٨ . د. محمود عاطف البنا : القضاء الإداري ، سنة ٩٧٨
=

تمهيد

كانت المحاكم العادية فى مصر هى المختصة أصلا بنظر دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية وعن غيرها ، ولما صدر أول قانون لمجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، جعل لمجلس الدولة اختصاصا بالنظر فى دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية مشاركا بذلك القضاء العادى فى هذا الإختصاص ، وكان يتحدد الإختصاص بينهما تبعا للأولوية فى رفع الدعاوى أمام أيهما . ومنذ القانون الثالث لمجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ٩٥٥ جعل لمجلس الدولة وحدة - دون غيره - إختصاص الفصل فى طلبات التعويض عن القرارات الإدارية . وكما هو معلوم فإن القرارات الإدارية التى يصح أن تكون محلا للتعويض . هى ذات القرارات الإدارية التى يجوز طلب الغائها طبقا لقانون مجلس الدولة (ونحيل فى شانها إلى ما سبقت دراسته فى دعوى الإلغاء) . ويترتب على هذه النتيجة نتيجة اخرى ، وهى ان انعقاد الإختصاص لمجلس الدولة بالفصل فى دعوى الإلغاء يقضى بالضرورة إلى انعقاد اختصاصه بدعوى التعويض . وهذا ما قررته الإدارية العليا بأنه "لاتجوز العودة إلى إثارة مسالة الإختصاص بصدد طلب التعويض لأن الحكم الصادر فى الطلب الأصلى إذا قضى بعدم قبول الطلب الأصلى شكلا لرفعه بعد الميعاد يكون قد قضى ضمنا باختصاص المحكمة بنظر التعويض باعتباره فرعا من الطلب الأصلى ومن ثم يكون الحكم المذكور قد حاز فى مسالة الإختصاص قوة الأمر المقضى ، وهو ما يقيد

= د. أنور رسلان : مسئولية الدولة غير التعاقدية ، سنة ١٩٨٠ .
د. محمود حافظ : القضاء الإدارى ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٦ .
د. فؤاد العطار : القضاء الإدارى ، سنة ٩٦٨ . د. سعد عصفور والدكتور محسن خليل : القضاء الإدارى بدون سنة نشر .
- وفى الفقه الفرنسى ، راجع

De Laubadere : Traite de droit administratif , T.1 , 1973
Rivero : Droit administratif 1975 ; Vedel : Droit administratif , 1973

المحكمة فى هذه المسألة عند نظر طلب التعويض ، ذلك أن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بالفصل فى طلبات التعويض متفرع عن اختصاصه بالفصل فى طلبات الغاء القرارات الإدارية . والقاعدة فى حجية الامر المقضى هى ان الحكم فى شئ هو حكم فيما يتفرع عنه". (١)

وثمة نتيجة اخرى على هذا الإرتباط ، وهى أن تطور مسئولية الإدارة فى مصر يختلف عنه فى فرنسا ، ذلك أن التطور القضائى فى فرنسا انتهى إلى اختصاص القضاء الإدارى بالمنازعات الإدارية تكامل عام ت ، واختصاص القضاء العادى بقضايا الافراد ، ومعنى هذا اختصاص القضاء الإدارى بالتعويض فى المنازعات الإدارية ، سواء تولدت هذه المنازعات عن القرارات الإدارية او غيرها من اعمال الإدارة ، إذا كان أساسها خطأ من جانب الإدارة ، واختصاص القضاء العادى بها إذا كان اساسها خطأ شخصيا فى جانب الموظف . فالتفرقة بين خطأ الإدارة (الخطأ المرفقى) والخطأ الشخصى للموظف كان لها اهمية بارزة ، لانها كانت تؤدى إلى تضييق إختصاص مجلس الدولة او توسيعه بالنسبة لطلبات التعويض .

ولمس مجلس الدولة الفرنسى أن صدور حكم بالتعويض للفرد ضد الإدارة يوفر له ضمانا لتنفيذه ، على العكس من صدور الحكم بالتعويض على الموظف ، ولعل هذا كان من العوامل التى حدت بمجلس الدولة إلى توسيع اختصاصه بنظر دعاوى التعويض ، عن طريق المبادئ التى شيدها فى مجال التفرقة بين الخطأ الشخصى (خطأ الموظف) والخطأ المرفقى (خطأ الإدارة) ، فضلا عما كان يستهدفه من حماية الموظفين انفسهم ، وتحقيق التوازن بين مصالح الافراد وبين

---

(١) الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٨ ق فى ١٩٦٧/١/٢٦ ، مج س ١٢ ص ١٤٢ .

المصلحة العامة فى ضمان سير المرافق العامة بإنتظام واضطراد .. وذلك عن طريق المبادىء التى اوجدها فى مجال مسئولية الإدارة — دون تقييد بنصوص القانون المدنى التى كان يلتزم بها القضاء العادى (١) . وإزاء ذلك كان من الضرورى ان تلقى التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى عناية كبيرة من الفقه والقضاء الإداريين فى فرنسا .

اما فى مصر :

١ - تطبيق قواعد القانون المدنى على منازعات التعويض :

فإن القضاء العادى (قبل انشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦) ، كان يختص بنظر دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية وعن غيرها ، وكان يجيز لطالبى التعويض الجمع بين مسئولية الإدارة ومسئولية الموظف فى دعوى واحده ، ويفصل فى طلبات التعويض طبقا لأحكام القانون المدنى والتى كانت ولا تزال تعتبر الإدارة مسئولة بالتعويض امام الافراد عن الاخطاء التى يرتكبها موظفوها اثناء او بسبب تادية وظائفهم ، تطبيقا للأحكام الخاصة بمسئولية المتبوع عن اعمال تابعيه .

٢ - عدم جواز قصر مسئولية الإدارة على الخطأ المرفقى وحده :

وهذا ما حدا بمحكمة النقض إلى ان ترفض محاولة تضييق مسئولية الإدارة وقصرها على الخطأ المرفقى دون الخطأ الشخصى ، فلقد قضت فى حكمها الصادر فى ١٩٣٣/٤/١٠ "ومن حيث ان معنى الطعن

---

(١) انظر :

- T.C., 8 Fev. 1873 , Blanco , Rec. 1 er suppel 61 , concl. David.,
- C.E., 3 Fev. 1911, Anguet, Rec. 146. S. 1911. 3. 137, note Hauriou

ان الحكم المطعون فيه اخطاء فى تطبيق القانون إذ قضى بمسئولية الحكومة مدنيا عما وقع من المتهم استنادا إلى نصوص القانون المدنى الخاص بمسئولية السيد عن أعمال تابعه ، مع ان مسئولية الحكومة لا يصح ان تبنى على قواعد القانون المدنى ، وانما يجب الرجوع فيها إلى قواعد القانون العام التى تقتضى التفريق بين الخطا المصلحى أو الإدارى Faute de service والخطا الشخصى Faute personnelle ، بحيث لا تسال الحكومة الا عن النوع الاول بخلاف الثانى ، فان تبعته تقع على عاتق الموظف او المستخدم وحده دون الحكومة .. ومن حيث ان هذا الطعن يرمى إلى القول بوجوب ترسم ما جرى عليه قضاء المحاكم الإدارية فى فرنسا وما اخذ به علماء القانون العام فيها من التفريق بين اساس مسئولية الحكومة عما يقع من موظفيها من عدوان على حقوق الافراد ومسئولية الافراد عن اعمال تابعيهم .... وذلك هو مجمل الحال فى فرنسا . اما فى مصر فالمحاكم محدودة الإختصاص فيما تنشا بين الحكومة والافراد من منازعات ، فضلا عن تقييدها بما وضع لها من قوانين لا معدل عنها ، وليس فى ظروف الدعوى الحالية ما يستوجب تنكب هذه القوانين إلى ماعداها ، إذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق حتى فى دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الافراد فى حرياتهم او اموالهم بفعل الموظفين . ومن حيث انه لذلك تكون محكمة الموضوع قد اصابت إذ طبقت احكام القانون المدنى على هذه القضية ".

٢ - تاسيس مسئولية المتبوع (الإدارة) على الخطا المفترض :

فالقانون المدنى أورد نصوصا صريحة فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه ، ورأت المحاكم العادية ضرورة تطبيقها إلتزاما بها وسعيا وراء تحقيق ضمانات المضرورين بالتوسع فى تطبيقها لإمكان مطالبة الإدارة عن معظم اخطاء موظفيها ، بل ولو لم يتم تعيين شخص

تابعها المخطىء

فالمادة ١٧٤ من القانون المدني ، والتي تناولت مسئولية المتبوع عن اعمال تابعية ، لم تقيد المتبوع باي قيد ، إذ جاءت صياغتها "يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه ..." ومن ثم سرت بإطلاقها على المتبوع سواء كان فردا او الإدارة .

وسجلت محكمة النقض استقرارها على هذا الإتجاه في حكمها الصادر في سنة ١٩٧١ (١) . بقولها "المقرر في قضاء هذه المحكمة ان القانون المدني اقام في المادة ١٧٤ منه مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس ، مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته وان القانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بان يكون العمل غير المشروع واقعا من التابع (حال تادية الوظيفة او بسببها) ، لم يقصد ان تكون المسئولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدي اعمال وظيفته ، او ان تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ ، او ان تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية ايضا كلما كان التابع قد وقع منه اثناء تادية الوظيفة او كلما استغل وظيفته او ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع او هيأت له باية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع او عن باعث شخصي ، وسواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلا بالوظيفة او لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع او بغير علمه " .

---

(١) محكمة النقض ، الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٣٦ ق ، في ١٩٧١/٦/١ ، مج س ٢٠ ص ٧١٠

مرمنى ذلك أن المحاكم العادية فى مصر كانت فى ظروف تختلف عن ظروف مجلس الدولة المصرى ، وانها لم تساير اتجاه الفقه والقضاء الفرنسيين ، خاصة فى مجال التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى (المرفقى) .

وإذا كانت مسئولية الإدارة تقوم اساسا على الخطأ ، فإن ثمة حالات اخرى ، قامت فيها المسئولية الإدارية على أساس المخاطر (تحمل التبعة). فإننا سوف نعرض لكلا الصورتين ، كل فى فصل مستقل.

الفصل الأول

المسئولية على أساس الخطأ

(المسئولية التقصيرية)

١-الأصل فى المسئولية الإدارية قيامها على الخطأ : ماهية الخطأ الإدارى:

تقوم مسئولية الإدارة - كأصل عام - على الخطأ ، بمعنى أن أساس مسئولية الإدارة مؤسسة على اصدارها قرارا غير مشروع يشكل فى حقها خطأ وينتج عنه ضرر للغير . وهذه المسئولية التى تقوم على الخطأ ، لها اركان ثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . وقد أوضحت أحكام القضاء الإدارى ، أنه يندرج فى مدلول الخطأ العمل المخالف للقوانين واللوائح (١) . كما اكدت هذه الأحكام احقية طالب التعويض فى ان يطلب التعويض مع طلب الإلغاء فى دعوى واحده أو أن يفصل بينهما فى دعويين مستقلتين ، أو أن يطلب احدهما دون الآخر دون أن يحتج عليه بأى تلازم بين الطلبين ، وأمام هذا الإختيار

---

(١) الإدارية العليا : طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١١ ق فى ١٩٦٨/٣/٢ ، مج س ١٣ ص ٦٤٩ . حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٣٥٨ لسنة ٦ ق فى ١٩٥٦/١٢/٢٠ ، مج س ١١ ص ١٠٠

الذى اتاحه القانون لذوى الشان دون ثمة قيد ينتفى كل قول بان التقاعس فى طلب الغاء القرار الإدارى المعيب ينطوى على خطا يؤثر فى الضرر المترتب على خطا الجهة الإدارية او يساهم فى وقوع هذا الضرر (١). إذن دعوى التعويض امام القضاء الإدارى لا تجوز إلا بالنسبة لقرار إدارى، وتحديد ما إذا كان اساس الدعوى هو فى حقيقته قرار إدارى ام لا، امر موكول إلى سلطة المحكمة فى تقرير الوقائع والتكييف والأوصاف القانونية .

تطبيقات قضائية :

وتاسيسا على ذلك، قضت الإدارية العليا بان مجرد التاخير او الإهمال فى حساب ضم خدمة سابقة لا يعتبر قرارا إداريا، يجوز طلب التعويض عنه (٢). وان امتناع الجهة الإدارية دون وجه حق عن تنفيذ ما يصدر ضدها من احكام حائزة لقوة الشىء المقضى، يعتبر بمثابة قرار إدارى سلبى مخالف للقانون يوجب لصاحب الشان حقا فى التعويض عما يلحقه بسببه من اضرار مادية او ادبية (٣).

(٢) لا صحة فى القول بان الحكومة - دائما - تكون مدعى عليها فى منازعات المسئولية :

وثبوت وجود قرار إدارى معيب يجعل من حق القضاء الإدارى الفصل فى طلبات التعويض، ايا كان المدعى عليه فيها سواء كان الحكومة او غيرها، ومن ثم قضى باختصاصه بالفصل فى دعوى التعويض المقامة ضد الحكومة وحدها او المقامة ضدها وضد شخص الموظف معا

(١) الإدارية العليا : طعن رقم ٨٧٩ لسنة ١٢ ق فى ١٩٧١/٤/١٠، مج س ١١ ص ٢٣٩ .
(٢) الإدارية العليا : طعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٧ ق فى ١٩٦٦/١/٩، مج س ١١ ص ٢٨٢ .
(٣) الإدارية العليا : طعن رقم ٤٧٤ لسنة ١٢ ق فى ١٩٦٨/٥/٢٥، مج س ١٣ ص ٩٧٣ ، الطعن ٢١٤٥ لسنة ٣١ ق، فى ١٩٨٨/٣/٢٦ (غ. منشور) .

وذلك استنادا إلى أن نصوص قانون مجلس الدولة جاءت مطلقة وبدون قيد في هذا الشأن ، إذ القاعدة أن المطلق يجرى على اطلاقه ما دام ليس ثمة نص بتقييده ، ولا يمكن الإحتجاج بأن نظام مجلس الدولة قد بني على أن تكون الحكومة دائما مدعى عليها ، وهي وحدها التي يصح مقاضاتها أمام مجلس الدولة عن قراراتها ، فذلك قول لا سند له من قوانين مجلس الدولة السابقة أو الحالية ، إذ لا يمنع من أن تكون الحكومة مدعية وليست مدعى عليها كما في كثير من قضايا العقود الإدارية التي ترفعها الحكومة ضد الأفراد ، وأيضا في كثير من طعون الحكومة ضد القرارات الصادرة من اللجان القضائية ، وهي قرارات إدارية بنص قانون هذه اللجان .

<u>نخلص مما تقدم :</u>

انه ولكن كانت مسئولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية تقوم على الخطأ باركانها الثلاثه سالفة الذكر ، الا ان الركن الاساسي فيها والذي يبرز بالنسبة له اختلاف القواعد الإدارية عن القواعد المدنية ، <u>هو ركن الخطأ</u> . ومن ثم يستلزم تناوله بشيء من التفصيل . اما ركنا الضرر وعلاقة السببية ، فإن القواعد التي اخذ بها القضاء الإداري بالنسبة لهما لا تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد المدنية التي تطبقها المحاكم العادية ، والتي تتناولها مؤلفات القانون المدني ، وان كان للقضاء الإداري ان يراعي عند تطبيقها طبيعة الروابط الإدارية ومسوغات الصالح العام المتعلق بالمرفق وما اعتور القرار من حسن النية أو سوء نية (١) .

وثمة ملاحظات ، ينبغي الإلمام بها ، في كل من ركني الضرر وعلاقة

---

(١) محكمة القضاء الإداري : قضية رقم ٢٥٧٧ لسنة ٩ ق في ١٩٥٦/٧/٢٢ مج س ١٠ ص ٤٠٣ .

السببية (١) :

١ - فيما يتعلق بالضرر :

- جواز الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية التى أصابت المضرور بسبب القرار الإدارى غير المشروع .

- ولا يشترط فى الضرر أن يكون حالا وليس محتملا ، واعتبر القضاء من قبيل الضرر المحتمل الترقية إلى وظيفة أعلى وما تسبغه تلك الوظيفة من امتيازات على شاغلها ، ما دامت الترقية إلى درجة أعلى تتم بالإختيار وفق تقدير الجهة الإدارية لمن تراه جديرا بها وليست حقا يكتسبه الموظف ، فأجازت الإدارية العليا الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن تفويت فرصة الترشيح للترقية بالإختيار (طعن ٣٣١ لسنة ١٢ ق فى ١٩٧٠/١/١٧ - مج س ١٥ ص ١٣٣).

- والإدارة ملزمة بتعويض المضرور بقرارها الإداري المخالف للقانون بقدر ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . كما يراعى ما إذا كان ثمة تقصير فى حق المضرور ، وفى هذه الحالة يتعين عدم تحميل الإدارة كامل المسئولية .

٢ - وفيما يتعلق بركن علاقة السببية :

- استلزم القضاء الإدارى أن يكون الضرر ناتجا مباشرة عن القرار الإدارى غير المشروع . فلا يعوض المضرور إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ المضرور أو خطأ الغير أو بسبب أجنبى .

- وتراخى جهة الإدارة فى اتخاذ اجراء يوجب القانون عليها اتخاذه ، يوجب تعويض المضرور .

---

(١) انظر فى ذلك أحكام الإدارية العليا فى الطعون : ١٥١٣ - ١٥٢٥ لسنة ٢٨ ق فى ١٩٨٧/١٠/٣١ ، ١٩٩٧ - ١٩٩٥ لسنة ٣٠ ق فى ١٩٨٧/١٢/١٢ ، ١٠٨٥ لسنة ٣١ ق فى ١٩٨٨/٤/٦ ، ٩٧٢ لسنة ٢٦ ق فى ١٩٨٢/٥/١٥ (غير منشورة) .

وأما ركن الخطأ ، ففيه تفصيل على النحو التالى :

الخطأ هو حجر الزاوية فى المسئولية الإدارية غير التعاقدية وقد أوضحنا أن الخطأ يتمثل فى اصدار قرار إدارى غير مشروع ، إذ لا تجوز مساءلة الإدارة عن القرارات الإدارية السليمة ، والقرار الإدارى غير المشروع ، هو الذى يحتوره عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها ، فإذا ما برئت القرارات من هذه العيوب كانت سليمة ومشروعه ، ومن ثم لا تسأل الإدارة عن نتائجها مهما بلغت جسامة الضرر المترتب عليها ، لإنتفاء ركن الخطأ ، إذ لا مندوحة من أن يتحمل الأفراد فى سبيل المصلحة العامة نتائج نشاط الإدارة المشروع (١) .

وإذا كانت التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى (المرفقى) ، ما زالت تحتل أهمية بارزة فى مجال المسئولية الإدارية ، فإن تناول ركن الخطأ كأساس للمسئولية ينبغى أن يوليها ما تستحقه من اهتمام ، بتفصيل جوانبها وتقديرها وقد استعرضنا - منذ قليل - موقف القضاء العادى من هذه التفرقة ، وانتهينا إلى رفض القضاء العادى عندنا مسايرة القضاء والفقه الإداريين فى فرنسا بالنسبة لمسئولية الإدارة . ونرى أن نعرض لموقف القضاء الإدارى فى مصر من قواعد المسئولية ، وذلك قبل تناول تقسيمات الخطأ فى المسئولية الإدارية .

أولا : موقف القضاء الإدارى فى مصر من المسئولية الإدارية (٢) :

بالرجوع إلى أحكام القضاء الإدارى نلحظ بوضوح مدى تأثره فى

---

(١) الإدارية العليا : طعن رقم ١٧٥٥ لسن ٢ ق فى ١٩٥٧/٦/٢٩ مج س ٢ ، ص ١٣١٠ .

(٢) ثمة ملاحظة جديرة بالإشارة إليها ، وهى أن القضاء الإدارى فى البداية قد ساير نهج القضاء العادى فى عدم التأثر بموقف =

مراحل تطوره بموقف كل من ، القضاء والفقه الإداريين فى فرنسا بالنسبة لمسئولية الإدارة . ومن ذلك ما سجلته الأحكام التالية :

١ - مراعاة الظروف الإستثنائية عند تقدير خطأ الإدارة المستوجب للتعويض :

فقررت محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٧ لسنة ٧ ق انه "يجب التفرقة فى مسئولية الدولة (الإدارة) بين ما يصدر من السلطة العامة من اوامر وتصرفات وهى تعمل فى ظروف عادية رتيبة تتاح لها فيها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والروية ، وبين ما تضطر إلى إتخاذه من قرارات واجراءات عاجلة تمليها ظروف ملحة غير عادية .. كالحرب والفتنه والكوارث . ففى الحالة الأولى تقوم مسئوليتها متى وقع ثمة خطأ فى جانبها ترتب عليه احداث ضرر للغير وربطت بينهما علاقة سببية ، وتتراوح هذه المسئولية تبعا لجسامة الخطأ . أما فى الحالة الثانية فالأمر متباين عنه فى الحالة الأولى ، إذ يقدر الخطأ بمقدار مغاير ، وبالمثل تقدر المسئولية ، فما يعد خطأ فى الأوقات العادية قد يكون سلوكا مباحًا فى أحوال الضرورة الإستثنائية ، وتتدرج المسئولية على هذا الأساس ، فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائيا جسيما يرقى إلى مرتبة العسف المتعمد المصطحب بسوء القصد ، وتتحقق هذه المسئولية فى حالة الخطأ الظاهر غير المألوف الذى يجاوز الخطأ العادى ولا يرتكز على مبرر يسوغه ، وتنعدم كلية فى حالة الخطأ العادى المتجرد من

= القضاء والفقه فى فرنسا بالنسبة لمسئولية الإدارة ، إذ قد سجل فى بعض أحكامه الرجوع إلى القواعد العامة التى تحكم المسئولية التقصيرية (التقصيرية) الواردة فى القانون المدنى ، تطبيقا للقانون الذى تطبقه المحاكم العادية فى هذا النوع من المنازعات ، وفى ذلك من الخير ما يكفل تناسق الأحكام التى تصدر من جهتى القضاء (الإختصاص) فى تلك القضية . حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٦٠٧ لسنة ٧ ق فى ١٩٥٤/٣/٢ ، مج س ٨ ص ٨٢٧.

التعسف فى استعمال السلطة الذى تحمل الإدارة على الوقوع فيه فى ظروف غير عادية تنشد فيها مصلحة عامة تعلو على المصالح الفردية ، وليس يسوغ أن تقوم الخشية من المسئولية عائقا للسلطة عن القيام بمهمتها الاسمى فى اقرار الامن والمحافظة على كيان المجتمع وسلامة البلاد " .

على انه جدير بالذكر أن هذا المبدأ وقد ايدته الإدارية العليا ، وأكثر من ذلك ، فلقد كان القضاء الإدارى فى مصر مستقرا قبل انشاء المحكمة العليا (سنة ١٩٦٨) التى صار لها وحدها الإختصاص برقابة دستورية القوانين على الحكم بعدم دستورية القوانين التى كانت تصدر بالإعفاء المطلق من التعويضات ، إذ قررت محكمة القضاء الإدارى فى حكم مشير لها بسنة ١٩٥٦ أن " اعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقا من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها من شانه أن يخل اخلالا تاما بحقوق الافراد فى الحرية وفى المساواة فى التكاليف والواجبات ... وبذلك يكون القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، قد جاء مخالفا فيما تضمنه من نص المادة الثانية منه (منع سماع الدعوى من أى تصرف اوامر أو قرار صدر عن السلطة القائمة على إجراء الاحكام العرفية) . لاحكام الدستور الذى صدر ذلك القانون فى ظله "(٢).

٢ - عدم مساءلة الإدارة عن الخطأ القابل للتأويل :

إذ اتجه القضاء الإدارى إلى عدم مساءلة الإدارة فى حالة الخطأ الفنى اليسير فى القاعدة القانونية ، وذلك لان الإدارة لا

---

(١) حكمها الصادر فى ١٩٥٤/١٢/١٤ ، مج س ٩ ص ١٣٤ ، القضية رقم ١٨٨٠ لسنة ٦ ق فى ١٩٥٦/٣/٨ ، مج س ١٠ ص ٢٥١ . وقد أيدت الإدارية العليا هذا المبدأ فى الطعن ١٥١٧ لسنة ٢ ق فى ١٩٥٧/٤/١٣ ، مج س ٢ ص ٨٨٨ .
(٢) محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٤٠٨ لسنة ٥ ق فى ١٩٥٦/٥/٢٠ ، مج س ١٠ ص ٣٣٤ ، القضية رقم ١٥٠٨ لسنة ٧ ق فى ١٩٥٦/١١/١١ ، مج س ١١ ص ١٥ .

تتنكر للقاعدة القانونية أو تتجاهلها ، انما قد تعطى القاعدة القانونية معنى غير مقصود منها قانونا ، فيكون خطأ الإدارة فى التفسير مغتفرا إذا كانت القاعدة غير واضحة وتحتمل التاويل .
وفى هذا قالت الإدارية العليا : "ان مسئولية الإدارة لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق يسيرا كان او جسيما ، إذ الاحكام لا تبنى الا على التيقن ، لا على ما يقبل الظن او التاويل او الإحتمال ، فإذا كان الامر فى التاويل مما تتفرق فيه وجوه الرأى وتختلف فيه وجهات النظر ، وكان لكل رأى ما يبرره بحيث لا يمكن القطع باى الاراء اصح او على الاقل الارجح قبولا عن جمهرة رجال المهنة وامثالهم باعتبارها قائمة على تاويل القوانين وتطبيقها ، فإنها لا تعتبر قد ارتكبت خطأ الا إذا ما خالفت ما استقر عليه الرأى ، ولم يعد محلا للمناقشة بين رجال المهنة او الفن واصبحت جمهرتهم تسلم به ، فعندئذ يبدو الخروج على هذا الرأى المستقر خطأ يرتب المسئولية ". (١)

على أنه مما تجب ملاحظته هنا ، ان الخطأ الفنى اليسير الذى قد ترتكبه الإدارة ، لا يمنع من إلغاء القرار غير المشروع ، وان كان يمنع من مساءلتها عنه عن طريق التعويض ، فمثلا إصدار الإدارة قرارا بإلغاء جريدة فى ظل نص غامض فى الدستور لم يقطع بأن يكون ذلك الإلغاء حق للسلطة التنفيذية أم يستلزم ان يكون الإلغاء بناء على قانون ، ومن ثم يكون اثر الإلغاء غير مشروع ما لم يصدر القانون الذى ينظم طريقة الإلغاء للصحف ، فإذا كان ثمة عيب اعتور القرار يوجب إلغائه ، الا أنه لا يكون ثمة سند لمطالبتها بالتعويض (٢)

---

(١) الإدارية العليا : طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٤ ق فى ١٩٦٠/٥/٢١ مج س ٥ ص ٩٤٦ .

(٢) راجع فى ذلك : حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٠١٦ لسنة ٧ ق فى ١٩٥٧/١/٢٧ ، مج س ١١ ص ١٧١ .

كما قد يقع الخطأ الفني اليسير ليس فحسب عند تفسير القانون ، بل يتصور فى تفسير حكم عند تنفيذه (١) .

٣ - التفرقة بين أسباب الإلغاء من حيث كفايتها كأسباب للتعويض :

سبق أن بينا أن أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإدارى هى ما يعتوره من عيوب فى أحد أركانه الخمسة ، وهى الإختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية ، وأن هذه العيوب تشكل فى الوقت ذاته صور الخطأ المستوجب للتعويض .

على أن هذه العيوب الخمسة لا تصلح جميعها كمبرر للتعويض فى مجال المسئولية فثمة تفرقة بينها فى هذا الخصوص ، ذلك أن عيبا الشكل والإختصاص لا يكونان دائما مصدرا لمسئولية الإدارة ، بخلاف أوجه عدم المشروعية الأخرى كعيب مخالفة القانون وعيب الإنحراف بالسلطة ، على أن ذلك لا يمنع من أن يكون عيب الشكل أو عيب الإختصاص مصدرا للمسئولية إذا انطوى أيا منهما على التأثير فى موضوع القرار أو جوهره (كما فى حالات الشكلية الجوهرية أو حالات اغتصاب السلطة) .

فالإجماع فى الفقه والقضاء سواء فى فرنسا أو فى مصر على أن كل وجه من أوجه الإلغاء يمكن أن يؤدى حتما إلى الحكم بالإلغاء ، أما فى نطاق قضايا التعويض فلا تكون الزاما مصدرا للمسئولية ، ولا تستتبع حتما التعويض فى كافة الأحوال ويتجه القضاء الإدارى إلى عدم الحكم بمسئولية الإدارة عن عملها غير المشروع إلا إذا كان وجه عدم المشروعية جسيما Grave .

وقد أيدت الإدارية العليا هذا المبدأ بقولها "أن القضاء

---

(١) القضية رقم ٢٧٠ لسنة ١٠ ق ف ١٩٦٠/١/٤ ، مج س ١٤ ص ١٨١ .

بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بالإلغاء ، بل لكل من القضائين أساسه الخاص الذى يقوم عليه ، كما ان عيب عدم الإختصاص أو عيب الشكل الذى قد يشوب القرار الإدارى فيؤدى إلى إلغائه لا يصلح حتما وبالضرورة أساسا للتعويض ما لم يكن العيب مؤثرا فى موضوع القرار ، فإذا كان القرار سليما فى مضمونه محمولا على أسبابه المبررة رغم مخالفة قاعدة الإختصاص او الشكل فإنه لا يكون ثمة محل لمساءلة الجهة الإدارية عنه والقضاء عليها بالتعويض ، لأن القرار كان سيصدر على أى حال بذات المضمون لو أن تلك القاعدة قد روعيت"(١)

تلك أبرز مظاهر تأثر القضاء الإدارى المصرى ، بنظيره الفرنسى فى مجال المسئولية ، ويضاف إليها التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى . ونظرا لأهمية التفرقة نعرض لها شىء من التفصيل .

ثانيا : التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى أو المرفقى :

ترجع أصالة القواعد الإدارية فى المسئولية إلى ركن الخطأ ، إذ صوره مجلس الدولة الفرنسى تصويرا مغايرا للأفكار المدنية المسلم بها . والقاعدة التقليدية التى سار عليها مجلس الدولة الفرنسى (وتبعه مجلس الدولة المصرى) فى هذا الخصوص تنحصر فى التمييز بين الخطأ المصلحى Faute de service الذى ينسب فيه الإهمال أو التقصير إلى المرفق العام ذاته ، وبين الخطأ الشخصى Faute personnelle الذى ينسب إلى الموظف . وفى الحالة الأولى تقع المسئولية على عاتق الإدارة وحدها ، وهى التى تدفع التعويض ويكون الإختصاص للقضاء الإدارى . وفى الحالة الثانية تكون المسئولية على

---

(١) الإدارية العليا فى الطعن رقم ٧٤٣ / ٧٤٨ لسنة ٩ ق فى ١٩٦٦/١١/١٥ ، مج س ١٢ ص ٣٣ .

الموظف شخصيا ، وينفذ الحكم فى أمواله الخاصة .

ونعرض فيما يلى للخطأ الشخصى والخطأ المصلحى ، فنعرض للمعايير التى قيلت للتمييز بينهما ، ثم صور الخطأ المرفقى وكيفية تقديره وأخيرا للعلاقة بين نوعى الخطأ .

١ - معيار التمييز بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى :

نلفت النظر بداية ، إلى المعايير التى سوف نعرض لها انما تستهدف - أولا - توضيح صور الخطأ الشخصى .

فثمة معايير قال بها الفقه وتأثر بها القضاء فى مجال تحديد صور الخطأ الشخصى أو فى مناسبة التمييز بين صورتى الخطأ ، يمكن ردها إلى أربعة معايير هى :

أ - المعيار الشخصى Subjectif : (معيار لا فيريير) :

ويقوم هذا المعيار على أساس النزوات الشخصية للموظف المنسوب إليه الخطأ فيعتبر الخطأ شخصيا : إذا كان العمل الضار مطبوعا بطابع شخصى يكشف عن الإنسان بضعفه وشهواته وعدم تبصره .

L'homme avec ses Faiblesses, ses paissions et ses imprudences

أما إذا كان العمل الضار "غير مطبوع بطابع شخصى" وينبىء عن موظف عرضه للخطأ والصواب فالخطأ يكون مصلحيا ، أى العبرة فى تحديد نوع الخطأ تقوم أساسا على القصد السيء للموظف وهو يؤدى واجبات وظيفته .

ب - معيار الإنفصال عن الوظيفة : (معيار هوريو) :

ويعنى هذا المعيار أن الخطأ يكون شخصيا إذا كان ثمة فصله عن الوظيفة

detachable de ce que serait L'acte administratif [illegible]ment-

fonetionnel .

وقد حاول ان يوضح معياره بالتفرقة بين حالتين :

اولهما :

حالة الخطا المنفصل انفصالا ماديا عن واجبات الوظيفة . كما لو قام عمدة بنشر اعلانات فى قريته بان احد الافراد قد شطب اسمه من قائمة الناخبين لانه قد حكم بإفلاسه . فالعمدة يتصرف فى حدود واجبات وظيفته إذ يرفع اسم احد الافراد من كشف الناخبين لسبب قانونى ، ولكن يتجاوز حدود وظيفته ويرتكب عملا ماديا لا علاقة له بهذه الواجبات إذ يعلن فى الشوارع ان هذه الواقعة سيترتب عليها الإساءة إلى احد الافراد .

وثانيهما :

حالة الخطا المنفصل انفصالا معنويا عن واجبات الوظيفة ، مثال الامر الصادر من عمدة بقرع الاجراس احتفالا بماتم مدنى لا تقرع له الاجراس .

جـ - معيار الغاية Le But (معيار دوجى) :

وطبقا لهذا المعيار يعد الخطا شخصيا إذا تصرف الموظف بقصد تحقيق اغراض لا علاقة لها بالوظيفة او الاهداف الإدارية لتشبع رغبة خاصة ، بمعنى آخر لا يسال Un but extra Fanctionnel الموظف إذا اخطا بحسن نية ، وهو يستعمل واجبات وظيفته ، ولكنه يسال حين يستغل سلطات هذه الوظيفة .

د - معيار جسامة الخطأ (معيار جيز) :

وطبقا لهذا المعيار يعتبر الموظف مرتكبا لخطا شخصى كلما كان الخطأ جسيما Lourde يصل إلى حد إرتكاب جريمة تقع تحت طائلة

قانون العقوبات ، او كان من الجسامة بحيث لا يمكن اعتباره من المخاطر العادية التى يتعرض لها الموظف فى اداء عمله اليومى .

تقدير هذه المعايير :

ان ايا من هذه المعايير لا يصلح بمفرده كمعيار جامع مانع لمشكلة التمييز بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى ، فثمة انتقادات وجهت إلى كل منها ، فمعيار الطابع الشخصى يعيبه عدم تناوله حالة الخطأ الجسيم الذى يقع من الموظف بحسن نية ، كما يعيب معيار الإنفصال عن الوظيفة انه اوسع اللازم ، بجعله اى خطأ مهما كان تافها خطأ شخصيا لمجرد انه منفصل عن الوظيفة ، كما انه لا يشمل الاخطاء المتصلة بواجبات الوظيفة إذا كانت على درجة كبيرة من الجسامة ، اما معيار الغاية فإنه وان اتسم بالبساطة اكثر من اللازم ، الا انه لا يصور حقيقة الواقع ولا يتفق دائما مع القضاء ، بما يؤدى إليه من اعفاء الموظف من المسئولية فى كل الحالات التى لايكون خطؤه فيها مشوبا بسوء النية . كما يشوب المعيار الاخير انه غير جامع لحالات الخطأ الشخصى .

موقف القضاء من هذه المعايير :

بالرجوع الى موقف القضاء سواء فى فرنسا او فى مصر نجد انه لم يتقيد بمعيار بعينه ، وانما يفحص كل حالة على حدة ، والمتتبع لأحكام القضاء يرى انه قد اخذ بجميع هذه المعايير فى الاحكام المختلفة للقضاء ، والغالب فى احكام القضاء هو الجمع بين اكثر من معيار فى الحالة الواحدة .

قصر التفرقة بين نوعى الخطأ على العاملين بالحكومة دون العاملين بالقطاع العام ، إذ ان هذه النظرية ، ورغم نشاتها القضائية ، الا ان قوانين التوظف للعاملين المدنيين بالدولة قد

اعتنقها ونظامتها ، ونصت على أنه لا يسأل العامل إلا عن خطأ الشخص ولا وجود لهذه النظرية في مجال القطاع العام ، ومن ثم لا تنطبق على العاملين في مجال القطاع العام (١) .

٢ - صور الخطأ المصلحي (المرفقي) :

- الخطأ المصلحي (المرفقي) هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق ، حتى ولو كان القائم به ماديا أحد الموظفين ، إذا لم يعتبر الخطأ شخصيا كما سبق أن أوضحنا . ويقوم الخطأ هنا على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لأنه لم يؤد الخدمة وفقا للقواعد التي يسير عليها .

- والقاعدة التي يسير عليها القضاء الآن في فرنسا ومصر هي التوسع في صور الخطأ المرفقي ، وذلك حماية للأفراد وللموظفين كليهما . واستهداء بما سبق في البند (١) ، يمكن وصف الخطأ المصلحي بأنه "الخطأ غير المطبوع بطابع شخصي ، والذي ينبئ عن موظف عرضه للخطأ والصواب ، وأنه الخطأ الذي لا يمكن فصله عن الوظيفة ماديا أو معنويا ، أو هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف بقصد تحقيق غرض إداري أو الخطأ الذي لا يتسم بالعمد أو بدرجة كبيرة من الجسامة " .

ومع ذلك فإن الحقيقة التي لا يمكن انكارها هي أن التمييز بين نوعي الخطأ ليس سهلا في الوقت الحاضر ، ولهذا فإن دلالة

---

(١) راجع : أحكام الإدارية العليا في الطعون ١٣١٠ لسنة ٣٣ ق في ١٩٨٨/٤/١٢ ، ١٥٤١ لسنة ٣٣ ق في ١٩٨٨/٦/٢١ (غير منشور) .
وذهب حكم منفرد إلى عكس ذلك . راجع حكم الإدارية العليا في الطعن ٩٧٥ لسنة ٢٩ ق في ١٩٨٦/١١/٢٥ وجدير بالذكر أن هذه التفرقة لم تعد تثير مشكلة بالنسبة للعاملين بقطاع الأعمال العام (قانون ٢٠٣ لسنة ٩١) على نحو ما أوضحنا في اختصاص القضاء الإداري في مصر .

الأحكام نسبية .

بعد هذه المقدمات الضرورية ، نأتي على تبيان صور الخطأ المرفقي ، والتي يمكن ردها إلى ثلاثة صور :

أولهما : المرفق يؤدي الخدمة على وجه سيء :

- مثال ذلك أن يطارد أحد الجنود ثورا هائجا في الطريق العام بأن يطلق عليه عيارا ناريا فيصيب أحد الأفراد وهو في داخل منزله أو أن يصطدم أحد الجنود أثناء عدوه في الطريق العام مطاردا أحد المجرمين ، بأحد المارة فيصيبه بعاهة (ونلاحظ أن الخطأ هنا إيجابي مرجعه عمل الموظف) .

وقد يكون مرجع الخطأ أشياء أو حيوانات تملكها الإدارة كإهمال خيل مملوكة لها فتحدث ضررا بالأفراد ، وكذا حوادث السيارات الحكومية .. كما قد يكون الخطأ مرده سوء تنظيم المرفق كأن يصاب أحد الموظفين بتسمم نتيجة عدم تهوية مقر العمل . كذلك يتصور الخطأ في هذه الحالة وإن ارتد إلى تصرف قانوني معيب ، كأن تسارع الإدارة إلى تنفيذ حكم قضائي قبل صيرورته نهائيا ، أو استيلاءها على بعض الأموال في غير الحالات القانونية .

ثانيهما : المرفق لم يؤد الخدمة :

وينطوي الخطأ في هذه الحالة على امتناع الإدارة عن أداء واجب قانوني ملزمة بأدائه ، متى انطوى هذا الإمتناع على إصابة الأفراد بضرر . وهذه الصورة على العكس من سابقتها حيث الخطأ هنا يتخذ صورة سلبية ، ومثالها امتناع الإدارة عن القيام ببعض الأشغال العامة أو اهمال الإدارة في أداء واجباتها المترتبة على مرفق البوليس ، ومنها أيضا امتناع الإدارة عن تنفيذ القوانين واللوائح

وكان ذلك منطويا على مخالفة للقانون وكان الخطأ خاصا .

وأخيرا : يأخذ الخطأ المصلحي صورة الإبطاء في أداء الخدمة أكثر من اللازم :

وهنا يلاحظ انه ليس يشرط ان يحدد القانون معيارا يجب على الإدارة ان تؤدي خدماتها خلاله ، لأن هذه الحالة تندرج تحت الصورة الثانية . ومن تطبيقات القضاء الإداري في هذا الشأن :

تقدم احد الافراد إلى الإدارة بطلب تصحيح ترخيص بالبناء كان قد احتوى على اخطاء معينة ، فتأخرت الإدارة في الرد عليه أكثر من سنة بدون مبرر رغم تكرار طلبه . كما قضى بأن تراخي جهة الإدارة في اتخاذ إجراء قانوني يوجب عليها اتخاذه ، يوجب تعويض الفرد ، فقضى بأن تراخي الهيئة المصرية العامة للمساحة في اتخاذ اجراءات ترشيح الطاعن للمنحة التدريبية المقدمة من حكومة هولندا مما ادى إلى إعتذار الحكومة الهولندية ، يوجب تعويض الطاعن عما أصابه من أضرار (١) .

٣ - كيف يقدر الخطأ المصلحي :

بالرجوع إلى احكام القضاء الإداري ، يبين لنا انه لا يحكم بمسئولية الإدارة لمجرد خطأ الإدارة ، وانما يشترط ان يكون الخطأ على درجة من الجسامة (٢) ، وبديهي ان ذلك يقتضي فحص كل حالة على حده

ويختلف الخطأ باختلاف تصرف الإدارة ، وما إذا كان التصرف قرارا إداريا ام عملا ماديا . ونعرض لكلا الحالتين فيما يلي :

---

(١) حكم الإدارية العليا : طعن رقم ٩٧٢ لسنة ٢٦ ق في ١٩٨٢/٥/١٥ .
(٢) يلاحظ أن القانون المدني يضع معيارا مجردا لقياس الخطأ المدني بحدوثه .

أ - الخطأ فى حالة القرارات الإدارية :

إذا كان مرجع الضرر الذى لحق بالفرد قرار إدارى أصدرته جهة الإدارة ، كما لو أمرت بفصل موظف أو برفض التصريح لأحد الأفراد بمزاولة مهنة معينة أو أمرت بهدم منزل أو إغلاق محل عام ...إلخ هنا يتخذ الخطأ صورة "العمل غير المشروع" ، لأننا سبق أن بينا أن أوجه عدم المشروعية كما هى مصدر للإلغاء ، فإنها مصدر للمسئولية أيضا ، ومن ثم نحيل إليها فى هذه الحالة .

ب - الخطأ فى حالة الأفعال المادية :

يتخذ الخطأ فى هذه الحالة صورا متعددة ، كالإهمال أو الترك أو التأخير أو عدم التبصر .. إلخ ، وذلك فى حالة قيام المرفق أو المشرفين عليه بعمل مادى فى أحد الصور الثلاثة التى رأيناها فيما سبق . والملاحظ هنا أن القضاء الإدارى لم يقف عند حدود قاعدة صماء فى هذا المجال ، وإنما يطبق المنهج العام فى فحص كل حالة على حدة ، ولا يسلم بالمسئولية إلا فى حالة الخطأ الجسيم وفقا لإعتبارات عديدة أهمها :

- مراعاة ظروف الزمان الذى يؤدى فيه المرفق خدماته :
فما يكون من خطأ فى الظروف العادية ، لا يمكن اعتباره كذلك فى الظروف الإستثنائية . وسبق أن عرضنا لهذه الحالة .

- مراعاة ظروف المكان الذى يؤدى فيه المرفق خدماته :
والملاحظ فى هذه الحالة تشدد مجلس الدولة الفرنسى فى درجة الخطأ المتطلبة فى المرفق الذى يؤدى خدماته فى مكان ناء من اقليم الدولة كمستعمرة مثلا أو أحد الأقاليم النائية ، أكثر مما لو كان المرفق يؤدى خدماته فى العاصمة (أو الوطن فى حالة المستعمرات).

- مراعاة أعباء المرفق وموارده لمواجهة إلتزاماته :

فكلما كانت أعباء المرفق جسيمة ، وكانت موارده ووسائله قليله ، كلما تطالب مجلس الدولة درجة من الخطأ كبيرة تتناسب مع هذه الأعباء . ومن أكثر المرافق التى يقدر فيها المجلس هذه الإعتبارات مرفق البوليس ، سواء توصل من ذلك إلى نفى المسئولية عن الإدارة أو تخفيفها .

- مراعاة موقف المضرور إزاء المرفق :

وهنا يفرق القضاء بين ما إذا كان المضرور مستفيدا من المرفق الذى تسبب فى الضرر أو غير مستفيد ، ويتطلب المجلس درجة أكبر فى الحالة الأولى عنها فى الثانية . وثمة ملاحظة جديرة بالإشارة إليها وهى أن انشاء المرفق ان كان بتطوع من الإدارة ، فإنها لا تسأل عن التقصير والاخطاء المنسوبة إلى خدماته إلا إذا كانت جسيمة .

- مراعاة طبيعة المرفق وأهميته الإجتماعية :-

وفى هذه الحالة نرى أن مجلس الدولة الفرنسى قد خص بعض المرافق بشىء من الرعاية ، إذ يتشدد فى درجة الخطأ المنسوب إليها ، ومرد ذلك الأهمية الإجتماعية للمرفق . ولقد عد الفقهاء من بين المرافق التى من هذا النوع : مرفق البوليس ومرفق مكافحة الحريق ومرفق تحصيل الضرائب والمرافق الصحية والمرافق المنوط بها حماية أو مراقبة بعض الاشخاص الخطرين (السجون - المصحات العقلية) . فى هذه المرافق لم يقرر مجلس الدولة مسئولية الإدارة إلا إذا ثبت قبلها خطأ واضح على درجة كبيرة من الجسامة Faute manifeste et de particuliere gravite.

الخلاصة :

ترسم فتاوينا الإدارى خطوات مجلس الدولة الفرنسى فى أعمال

هذه القواعد ، وسار على نهجه سواء فيما يتعلق باعمال التفرقة بين نوعي الخطأ او تقديره . فنلحظ في احكامه انه لم يقرر مسئولية الإدارة الا على الخطأ المصلحي ، اما المسئولية الناتجة عن خطأ شخصي فلا تقوم الا في حق الموظف .

كما ان مجلس الدولة المصري لم ياخذ بمعيار بعينه من تلك التي قال بها الفقه للتمييز بين نوعي الخطأ ، وانما جمع بين اكثر من معيار في تحديده للمسئولية سواء التي تتحملها الإدارة او تلك التي تقع على عاتق الموظف ، فنلحظ في احكامه الجمع بين معيار الطابع الشخصي ونية الموظف او الخطأ الجسيم ، فذهبت احكام المجلس في العديد من الدعاوى إلى الاخذ تاره بمعيار الطابع الشخصي ونية الموظف ، وتاره باعمال معيار الجسامة ، لإعتبار الشخص (الموظف) مخطئا اى في حالة الخطأ الشخصي .

وقرر مجلس الدولة ان مسئولية الإدارة ليست مسئولية متبوع لا تقوم إلا إذا قامت مسئولية التابع أولا ، وانما هي مسئولية تترتب مباشرة في حقها نتيجة لخطأ وقع منها هي (سواء وجد موظف مسئول ام لم يوجد) اى نتيجة لخطأ وقع من أحد موظفيها اثناء تادية الخدمة او بسببها .

وتتضح مدى اهمية التفرقة بين نوعي الخطأ في صدد تحديد مدى احقية الإدارة في الرجوع على الموظف بما يكون قد قضي به عليها من تعويض ، فلا يسأل الموظف مطلقا إذا لم يقع خطأ من جانبه ، أو إذا وقع منه خطأ مصلحي . بينما يكون الموظف مسئول بالتعويض كليا او جزئيا إذا ثبت ان الضرر نتج عن خطئه الشخصي وحده ، أو عن خطئه الشخصي بالإشتراك مع خطأ الإدارة .

ومن أحكام مجلس الدولة فى ذلك :

"لا محل لإلزام مدير المستخدمين شخصيا بشيء من التعويض لانه لم يكن صاحب السلطة فى الامر بتنفيذ الامر الصادر بتنفيذ الحكم او عدم تنفيذه ، إذ الامر فيه للوزير وحده "(١).

وقضت الإدارية العليا بانه "يبين من مساق الوقائع ومن تقرير اللجنة الفنية أن هناك أخطاء عديدة فى إدارة هذا المرفق ، وانه ينسب إليها الضرر الذى وقع ولم يوجد من بينها الخطا الذى يجب ، بل كلها ساهمت فى انتاج الضرر وان تفاوتت درجاتها ، وهذه الاخطاء بعضها مرفقى وبعضها شخصى ، ومنها ما عرف الشخص الذى اقترف الخطا ومنها ما لم يعرف مقارفة .. ومن حيث أن المحكمة تستنتج من مساق هذه الوقائع أن الطاعن لم يكن حريصا كل الحرص على أداء واجبه بل وقع منه تقصير ساهم فى انتاج الضرر ، كما وجد تقصير آخر بعضه مرفقى والآخر شخصى ، ومن ثم كان الحكم المطعون فيه على صواب فى تقسيمه الضرر وتحميله المرفق العبء الكبير من الضرر لإدارة هذه الخدمة على وجه سيء ، بعضه مرفقى والبعض الاخر شخصى "(٢).

فالتفرقة بين نوعى الخطا (المرفقى او المصلحى والشخصى) ، قصد بها حماية الموظف وحثه على واجبات وظيفته وابعاده عن الجمود او التردد او الإحجام عن مباشرة النشاط الواجب ، وذلك بتطمينه على عدم مسئوليته عن أى ضرر ينتج عن نشاطه المرتبط بالوظيفة ، وفى هذا تحقيق أيضا للمصلحة العامة بضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٥ ق فى ١٩٥٣/٢/٢٧ ، مج س ٦ ص ٧٢٧ .

(٢) الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٧ ق فى ١٩٦٤/١٢/٥ ، مج س ١٠ ص ١٠٢ .

وكان لإستقراء القضاء الإدارى على عدم مسئولية الموظف بالتعويض الا عن خطئه الشخصي تأثيره على المشرع ، والذى أوجد لأول مرة نصا بهذا المعنى فى قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ وورد ذات النص فى القانون الحالى رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ ، إذ نص على أنه "لا يسأل العامل مدنيا الا عن خطئه الشخصى".

وقبل ايجاد هذا النص لم يكن يحمى الموظف سوى المادة ١٦٧ مدنى والتى تنص على أنه "لا يكون الموظف العمومى مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيسه ، متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة ، واثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقوله وأنه راعى فى عمله جانب الحيطه ".

وجدير بالذكر أنه لم يورد المشرع نصا مماثلا فى قانون العاملين بالقطاع العام ، كما أوضحنا ، ومن ثم لا تسرى التفرقة بين نوعى الخطأ على العاملين بالقطاع العام ، على نحو ما قدمنا.

الفصل الثانى

المسئولية على اساس المخاطر

لا تشكل المسئولية القائمة على المخاطر نظرية عامة - فى مجال القضاء الإدارى - ، إذ ما زالت تقوم هذه المسئولية فى حالات استثنائية يحددها المشرع أو يقررها القضاء .

ومرد هذه المسئولية هو تزايد نشاط الدولة المدنية وتدخلها فى كافة مناحى الحياة ، مما تزداد معه تبعا لذلك المخاطر التى يتعرض لها الافراد بسبب هذا النشاط ، فيكون من الضرورى إيجاد نوع

من التأمين ضد تلك المخاطر ، بتعويض المضرورين عما يصيبهم بسببها من اضرار ، ولو لم يكن هناك اى خطا من جانب الإدارة . فالتعويض فى هذه الحالة لا يعتبر جزاء على خطا الإدارة ، وانما يكون من قبيل التامين او المعونه العادلة ، وقيل فى تبرير هذه المسئولية كذلك انها تقوم على تحقيق المساواة بين الذين تصيبهم اضرار اشد من الاخرين ، بتعويض الاولين مادام انهم جميعا يؤدون نفس التكاليف .

والقضاء الإدارى الفرنسى إذا اخذ بهذه المسئولية ، لم ياخذ بها الا كوسيلة مكملة للمسئولية القائمة على الخطا ، اى ان هذه المسئولية (على اساس الخطا) هى الاساس فى التطبيق ، ولا يلجا إلى المسئولية على اساس المخاطر إلا بعد ان يثبت له عدم كفاية المسئولية الاصلية فى توفير حل عادل للحالة المعروضه عليه .

اما القضاء الإدارى المصرى فقد رفض الاخذ بهذه المسئولية تلك القائمة على تبعة المخاطر ، لما تنص عليه قوانين مجلس الدولة من استلزام ركن الخطا المتمثل فى عدم مشروعية القرار الإدارى ، واعتبر الحالات التى وردت فى بعض القوانين لقيام المسئولية فى حق الإدارة بدون خطا ولمجرد توافر ركنى الضرر وعلاقة السببية هى حالات استثنائية قررها المشرع لإعتبارات ارتاها فلا يجوز القياس عليها او الإستناد إليها للقول بانها نظرية عامة .

ومن القوانين التى اخذت ببعض التطبيقات بفكرة المخاطر وتحمل التبعه القانون الخاص بإصابات العمال رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ والذى ينص على انه لكل عامل يصاب اثناء العمل وفى اثناء تاديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامة الإصابة ، وايضا القانون الخاص بالتعويض عن امراض المهنة

رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ ، والقانون الخاص بالتعويض عما يحيق بأموال القطاع العام أو الخاص من أضرار نتيجة للأعمال الحربية رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٧ .

والقضاء الإداري في كل من فرنسا وفي مصر مستقر على اختصاصه بالفصل في منازعات التعويض على أساس المخاطر ، فقد قضت الإدارية العليا بأن "الفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية إلغاء أو تعويضاً معقود كامل عام للقضاء الإداري إلا ما استثنى بنص خاص ، فحيث لا يقضي القانون بإخراج قضايا التعويض عن القرارات الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإداري فإنه يختص بالفصل فيها ، يستوي في ذلك أن يكون الخطأ هو أساس المسئولية متمثلاً في عدم مشروعية قراراتها الإدارية أو أن تكون تلك المخاطر هي أساس مسئوليتها قبل الأفراد ، حيث ينص القانون على ذلك أخذاً بقواعد العدالة وتحقيقاً لمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة".(١)

اختلاف المسئولية على أساس المخاطر عن المسئولية الشيئية :

المسئولية على أساس المخاطر إذ تستبعد ركن الخطأ ، ولا تستلزم لتحققها سوى ركني الضرر وعلاقة السببية ، تختلف عن المسئولية الشيئية المنصوص عليها في المواد ١٧٦ – ١٧٨ من القانون المدني ، فهذه المسئولية وإن كانت تقوم على اعتبار حارس الحيوان وحارس البناء وكل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ، مسئولين عما تحدثه من ضرر

---

(١) الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ١٢ ق في ١٩٦٩/١/١٤ ، مج س ١٤ ص ٢١٢ . ونفس المعنى طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٢٨ ق في ١٩٨٧/١٢/٥ (غير منشور) ، الطعن رقم ٢١٤٥ لسنة ٣١ ق في ١٩٨٨/٣/٢٦ (غير منشور) ، الطعن رقم ١٤٣٥ لسنة ٣٠ ق في ١٩٨٧/١٢/٦ (غير منشور) .

للغير ما لم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لايد له فيه ، إلا انها حسبما حددتها محكمة النقض "تقوم على اساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشىء افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وانه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشىء الذى فى حراسته ، وانما ترتفع المسئولية فقط إذا اثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لايد له فيه ، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة او خطأ المضرور او خطأ الغير" (١).

المسئولية الشيئية إذ أن تقوم على اساس خطأ مفترض ، شأنها شأن مسئولية المتبوع عن اعمال التابع ، وان اختلفت عن المسئوليات الاخرى فى تقريرها فرصة اكبر واقوى للمضرور فى تعويضه عن طريق التشدد فى نفس المسئولية من جانب الحارس ، وذلك باعتبارها قائمة فى حقه ما لم يثبت وقوعها بسبب اجنبى لايد له فيه ، ودون أن يسمح بنفى الخطأ المفترض قانونا فى حقه . وقد تبدو المسئولية الشيئية فى ذلك مماثلة لمسئولية على اساس المخاطر من زاوية الحماية التى توفرها للمضرور . ومن ثم فإنه يمكن تطبيق هذه المسئولية (الشيئية) على الإدارة كما انها تسرى على الافراد ، وخير تطبيق لها فى مجال مسئولية الإدارة هو الاعمال المادية خصوصا وان صياغتها جاءت مطلقة ، ولكن هذه المسئولية وهى مقرره بنصوص تشريعية صريحة ، لا يمكن ان تسرى فى غير المجال المحدد لها إلا بتدخل المشرع ، والمأمول ان يتم ذلك فى أسرع وقت لتوفير حماية اكبر للافراد بتعويضهم عما يصيبهم من اضرار من جراء تدخل الإدارة فى النشاطات المختلفة ـ كما قدمنا ـ .

---

(١) نقض مدنى ، طعن رقم ١٧ لسنة ٢٩ ق ١٩٦٣/١٢/١٢ ، مج س ١٤ ص ١١٥٦ .

الفهـــرس

القسم الثانى

ولاية القضاء الإدارى

الباب الثالث : دعوى الإلغاء

الباب الرابع

دعوى التعويض

Iī

الموضوع	الصفحة
أولا : موقف القضاء الإدارى من المسئولية الإدارية	٣٠٩
ثانيا : التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى	٣١٤
الفصل الثانى : المسئولية على أساس المخاطر	٣٢٥
الفهـــــرس	٣٢٩

رقم الايداع : ٧٩٢٨ / ٩٢
الترقيم الدولى : ISBN : 977 - 11 - 0763 - 1

الفهـــــرس

الموضـــــــوع	رقم الصفحة

الموضـــــــــوع	رقم الصفحة

